SUMÁRIO

ENSAIO DE SÍNTESE: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Paulo G. Gonet Branco[1]
10.11117/9788565604093.01

Na colheita das parcas deste ano, Millôr Fernandes figurou entre as nossas mais sentidas perdas. O tema do grupo de estudos Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional do IDP, de certo modo, lembra uma coluna desse homem do humor que ficou famosa. O sugestivo título que encimava tantos dos seus paradoxos bem-achados proclamava que "livre pensar é só pensar".

No início do ano, decidimos, no grupo, que debateríamos aspectos da liberdade de expressão, priorizando o enfoque crítico jurisprudencial. Os textos que compõem esta coletânea foram objeto de acesos debates nos nossos encontros. Não refletem necessariamente um acordo de convicções, mas, antes, a própria liberdade de expressão, crucial num ambiente acadêmico. Livre pensar é pensar - concordamos –, mas – claro –, embora isso tire a graça do trocadilho, não é só pensar, mas refletir com método e fundamentação, como bem compreenderam os autores desta coletânea. O grupo assume como marco teórico dos seus estudos a doutrina de Robert Alexy sobre a natureza dos direitos fundamentais e as vicissitudes da convivência desses direitos de *status* constitucional na mesma ordem jurídica. Daí a abordagem explícita ou implicitamente calcada nessas premissas que o leitor encontrará nos escritos deste volume.

Os trabalhos incorporados ao livro retratam a aplicação de cada um dos autores em tentar compreender a liberdade de expressão, a partir de limites que cada qual preconiza que devem seja observados, ou que são identificados como existentes e desejáveis na praxe atual, ou, ainda, que, embora admitidos, são vistos como impróprios. A tônica, certamente, das

---

[1] Líder do Grupo de Pesquisa do IDP/Mestrado *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional.*

análises é a liberdade – a liberdade para defender novos limites, para concordar com os que hoje se mantêm ou para investir contra eles. O leitor perceberá que a liberdade que presidiu ao desenvolvimento das teses apresentadas é responsável, porque afeita às regras do raciocínio jurídico que demarcam o debate produtivo no âmbito da academia.

O capítulo de Adriana da Fontoura Alves, mestranda do IDP, beneficia-se da vasta experiência de médica neurologista da autora para abordar a palpitante questão do desequilíbrio de oportunidades que, por motivos vários, pode ser detectado na exposição de teses no espaço público. A distorção pode levar a consensos não suficientemente informados. O caso que foi tomado para exame é o da *marcha da maconha* e a autora alertou que pode estar havendo pouca atenção para o conhecimento médico atual sobre os malefícios pessoais e coletivos do uso da droga.

Carolina Scherer Bicca, mestre pelo IDP, elegeu para exame o acórdão na ADPF 130, em que se fulminou a Lei de Imprensa da década de 1960 por incompatível com a liberdade de expressão proclamada na Constituição em vigor. Cotejou a argumentação da Suprema Corte com a doutrina de Alexy sobre colisão de princípios – detendo-se no entrechoque da liberdade de expressão com os direitos de defesa da imagem e da honra – , para concluir que a decisão afeiçoou-se ao postulado da máxima otimização dos direitos envolvidos.

Guilherme Barbosa Braga, aluno da graduação do IDP, dedicou-se à indagação sobre se a liberdade de expressão não estaria sujeita a limites de conteúdo, em se tratando de discursos inferiorizantes de minorias. Cogitou das aproximações do discurso de discriminação sexual com o discurso de ódio.

Janete Ricken Lopes de Barros, mestra pelo IDP e coordenadora do grupo, e o seu aluno da graduação do IDP Olavo Irineu de Araújo Neto sustentaram, investigando acórdãos do STF, que a liberdade de expressão e a de reunião têm recebido tratamento de direitos dotados de maior peso abstrato comparativo na nossa ordem constitucional.

Hector Luís Vieira, professor do IDP, defendeu que a possibilidade do enquadramento dos discursos de humor como discursos de ódio deve ser analisada segundo pressupostos que declina, de índole não estritamente técnico-jurídica, mas de ponderação indispensável para que o Direito seja fiel às suas metas últimas.

Luiz Garibaldi Introncaso, mestre por Coimbra, desenvolveu análise da influência das pré-compreensões individuais dos integrantes de um colegiado no instante de enfrentar pontos de dúvida do direito constitucional. Discutiu se, a partir daí, seria possível falar em condicionamentos de resultados de problemas centrais, como o da fidelidade partidária, que escolheu para a sua exposição.

Por fim, Simone Andréa Barcelos Coutinho, da pós-graduação em Direito Constitucional do IDP, enfrentou o problema da liberdade de expressão do servidor público, confrontando o ambiente democrático atual com o anterior a 1988, buscando demonstrar que muito das concepções atuais são recepções acríticas de parâmetros então vigentes e não mais harmonizáveis com a ordem constitucional em que vivemos.

O tema da liberdade de expressão é de grande riqueza de enfoque. Todo um ano de dedicação a ele não foi suficiente para que o grupo sequer esgotasse as suas vertentes mais habituais – nem tampouco esse era o objetivo dos nossos encontros. Importa, isso sim, não desistir do empenho e esse livro pretende colaborar para o progresso nesses esforços de compreensão.

Percebe-se que os escritos produzidos no grupo comungam da convicção de que a liberdade de expressão é incompatível com restrições caprichosas, autoritárias e arrogantes. Assim entendido, não será descabido fechar esse relatório geral com o mesmo Millôr que o abriu. Para profligar a censura elitista e condescendente, responde ele à atitude de superioridade que inspira esses cerceamentos, com a lembrança irônica de que“quem sabe tudo, é porque anda muito mal informado” e com a advertência de que “a mordaça aumenta a mordacidade”.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Adriana da Fontoura Alves
10.11117/9788565604093.02

Resumo: O consumo da maconha, substância psicoativa ilícita no Brasil, tem sido associado a inúmeros efeitos deletérios sobre o organismo humano, conforme ampla comprovação disponível na literatura médica atual. Não obstante a hodierna argumentação favorável à descriminalização da substância, assentada sob a égide do direito individual à liberdade e, até mesmo a "utilização para fins medicinais" da maconha ser considerada lícita em alguns países, há aspectos muito controversos sobre o tema, que devem ser apreciados, de forma específica para o Estado brasileiro, notadamente no contexto da realidade sócio educacional pátria, à luz do que preceitua a Constituição Federal sobre o direito à saúde. A análise jurídica ponderada dos direitos envolvidos, do ponto de vista da constitucionalidade da descriminalização da maconha no Brasil, deve ser cuidadosa, no sentido de não menoscabar aspectos científicos inequívocos, com repercussões potencialmente graves, a médio e longo prazos em nossa sociedade.

Palavras-chave: maconha; descriminalização; constitucionalidade; saúde; Brasil.

Abstract: The consumption of marijuana, psychoactive substance illegal in Brazil, has been associated with numerous deleterious effects on the human organism, as ample evidence available in current medical literature. Despite today's argument in favor of decriminalization of substance, seated under the auspices of the individual right to liberty and even the "use for medical purposes" of marijuana is lawful in some countries, there are some very controversial aspects, which should be assessed specifically for the Brazilian State, especially in the context of national socio educational aspects,

under of the Federal Constitution stipulates on the right to health. The analysis of the legal rights involved, in terms of the constitutionality of marijuana decriminalization in Brazil, must be carefully analyzed without downplay scientific aspects unequivocal, with potentially serious repercussions in the medium and long term in our society.

Keywords: marijuana; decriminalization; unconstitutionality; health; Brazil.

INTRODUÇÃO

A maconha é a substância ilícita mais utilizada e mais produzida no planeta, sendo cultivada em praticamente todos os países do mundo .

Segundo recente publicação das Nações Unidas, em 2009, entre 2,8 e 4,5% da população mundial, com idade entre 15 e 64 anos de idade - algo entre 125 e 203 milhões de pessoas - usaram maconha pelo menos uma vez no ano .

Os efeitos da maconha sobre o organismo humano dependem da dose e do modo de administração utilizados, bem como da experiência prévia do usuário com a substância. Em doses moderadas, as reações observadas envolvem relaxamento, modificações do humor, chegando à euforia, além de intensificação das percepções oriundas de experiências gustativas, auditivas, visuais e sexuais, ampliando a sociabilidade. A utilização de doses mais elevadas desencadeia reações agudas mais extremas que incluem ansiedade, reações de pânico e sintomas psicóticos .

Atualmente, a descriminalização da maconha está colocada na pauta das discussões nacionais, inclusive a partir do relatório da Comissão de juristas para elaboração de anteprojeto de reforma do Código Penal , publicado em junho de 2012, justificando-se um debate tecnicamente mais aprofundado, com ênfase para os aspectos médicos e constitucionais, propriamente ditos.

Efeitos clínicos associados ao consumo de maconha

A substância é preparada a partir da planta Cannabis sativa, cujo principal princípio ativo é o delta-9-tetrahidrocanabinol, conhecido como THC

O THC tem ação no sistema nervoso central sobre receptores específicos que tem papel modulador na liberação de neurotransmissores, inibindo a acetilcolina, dopamina, ácido gama-aminobutírico, L-glutamato, serotonina e norepinefrina. Tais receptores são densamente encontrados no córtex cerebral, particularmente em áreas frontais, no cerebelo, em gânglios da base, no hipotálamo e no hipocampo. Tal distribuição topográfica explica os efeitos proeminentes do THC sobre a memória, a cognição e a função motora .

Do ponto de vista farmacológico, os efeitos do THC começam rapidamente, com um pico de ação cerca de 30 minutos depois de o indivíduo fumar um cigarro de marijuana (coleção de flores e folhas secas de Cannabis sativa enroladas) e desaparecem, em geral, depois de 4 a 6 horas, embora possam estender-se por até 24 horas .

As estimativas são de que a dependência física e psíquica da maconha ocorre em 7 a 10% dos consumidores regulares, sendo a maior precocidade do início do consumo da substância um preditor da futura dependência .

Há cada vez mais evidências científicas de que a exposição intensa à maconha pode elevar significativamente o risco de psicopatias e alguns estudos têm demonstrado que, atualmente, a concentração de THC encontrada na substância é maior do que há 10 ou 15 anos .

Os efeitos da maconha sobre o sistema nervoso central, em usuários crônicos, incluem déficits de memória, de atenção e de aprendizado, demonstrados em exames como o PET scan e eletroencefalograma, mesmo após 28 dias de abstinência. Em consequência, quando estão envolvidos crianças e adolescentes, observa-se redução do rendimento escolar, seguida de evasão. A seguir, esses jovens tendem ao desemprego, dependendo de amparo social do Estado .

A literatura especializada também tem relacionado o consumo de maconha à ocorrência de acidentes vasculares encefálicos isquêmicos, existindo evidências em exames de neuroimagem funcional, incluindo PET scan e ressonância magnética funcional, de que há redução do fluxo sanguíneo encefálico em lobos frontal, parietal, temporal e occipital durante a utilização aguda da substância .

Mais recentemente, tem havido crescentes evidências laboratoriais de que o sistema canabioide pode regular processos neurodegenerativos, tais como excesso de produção de glutamato, estresse oxidativo e neuroinflamação. Considerando que a neurodegeneração é uma característica comum a vários tipos de demência, foram iniciadas várias pesquisas científicas interessadas na possível utilidade clínica da maconha entre as terapêuticas para interrupção do processo patológico em doença de Alzheimer e, nesse contexto, uma ampla revisão da literatura sobre o tema não encontrou evidências clínicas de que tal substância é efetiva na melhora do distúrbio de comportamento ou dos outros sintomas de demência, concluindo que são necessários mais estudos randomizados e duplo cegos para se determinar sobre a efetividade dos canabioides (compostos derivados da Cannabis sativa) no tratamento da demência .

Por outro giro, o consumo de maconha tem sido associado à elevação do risco de doenças psiquiátricas. Em diversos estudos clínicos, por tempo prolongado de acompanhamento a usuários com idade superior a 18 anos, em vários países, a incidência de esquizofrenia foi duas a quatro vezes superior à de não usuários, na mesma faixa etária, estimando-se que 13% dos casos de esquizofrenia poderiam ser evitados sem a utilização da maconha .

Um estudo histórico, tipo coorte, envolvendo mais de 50.000 recrutas suecos, revelou que os jovens que relataram consumo de maconha em mais de 50 ocasiões, ao longo dos 27 anos de observação, apresentaram um aumento de 6,7 vezes no risco de hospitalização secundária à esquizofrenia e outras psicoses .

Nesse sentido, uma revisão de cinco estudos longitudinais, de bom padrão técnico, concluiu, igualmente, que o consumo de maconha eleva o risco de desenvolvimento de esquizofrenia e outras psicoses .

No mesmo compasso, seguiram recentes meta-análises ensejando a conclusão de que existe, de fato, associação entre o consumo de maconha e o aparecimento precoce de doença psiquiátrica, o que justifica a afirmação de que reduzir o uso da substância pode retardar ou evitar vários casos de psicoses. Considerando-se que o diagnóstico de esquizofrenia tem pior prognóstico em faixas etárias mais jovens, evitar o consumo de maconha por crianças e adolescentes pode realmente minimizar a evolução da doença que, eventualmente, venha a se manifestar. Tal conclusão justifica, inclusive, adoção de medidas em relação a estratégias que envolvem a saúde pública ,

Adicionalmente, há evidências sugestivas de que a maconha pode produzir um espectro de déficits cognitivos, de aprendizagem, de memória de fixação, da capacidade de abstração, da atenção, além de sintomas psicóticos, podendo aumentar o risco de desenvolvimento de esquizofrenia .

Há também, crescente número de meta-análises envolvendo estudos sobre depressão em consumidores de maconha demonstrando que existe a correlação, inclusive elevando o risco de suicídio em adolescentes .

Nesse contexto, vários estudos têm demonstrado que o início do consumo de maconha no início da adolescência aumenta o risco de ansiedade e depressão em adultos jovens .

O Colorado é um dos dezesseis Estados no Distrito da Califórnia – Estados Unidos da América – que deixou de ter restrições para quem cultive e distribua maconha com fins medicinais. Até outubro de 2011, um total de 88.872 pessoas havia validado seu registro para tal uso e, até setembro de 2010, 40% de todas dispensações medicinais de maconha nos Estados Unidos eram nesse Estado. A maioria desses pacientes é de adultos, além dos 41 adolescentes cadastrados. Entretanto, tal situação tem gerado preocupações quanto ao “desvio” da substância para consumo de

adolescentes, sem indicação médica para sua utilização, semelhante ao observado na prescrição de opioides. Esse cenário tornou o Colorado uma interessante oportunidade para avaliar o potencial desvio da prescrição médica de maconha para uso entre adolescentes, na medida em que abriu as portas para a prescrição médica da substância em larga escala e o número de indivíduos registrados para tal uso sextuplicou entre janeiro de 2009 e novembro de 2009, até que, atualmente, 2,3% da população adulta do Estado possui o registro para uso medicinal da maconha .

É interessante notar que a literatura especializada frequentemente descreve uma associação entre o consumo de maconha, mesmo que para fins terapêuticos, e a emergência de psicopatias e que no Estado do Colorado, durante o ano de 2009, foram registrados 940 suicídios, correspondendo a uma taxa de 18,4 óbitos/1000.000 residentes, a taxa mais elevada desde 1988, representando o dobro da média nacional dos Estados Unidos. Por isso, há imperiosa necessidade de que os sistemas médicos identifiquem, não somente as indicações terapêuticas para a utilização da maconha, mas principalmente, as contraindicações .

Existem três tipos de estudos epidemiológicos comumente utilizados para investigar a relação entre o consumo de maconha e acidentes automobilísticos: estudos transversais, estudos de coorte e estudos caso-controle. Muitas análises transversais têm detectado, de forma consistente, que, depois do álcool, a maconha é a substância psicoativa mais frequentemente associada a tais acidentes, com elevadas taxas de colisões dentro das primeiras duas horas após o consumo da droga pelos motoristas. Por outro giro, poucos estudos caso-controle e coorte têm demonstrado resultados inconsistentes. Diante de tal impasse, foi realizada uma revisão sistemática da literatura epidemiológica sobre o tema, com metodologia semelhante à utilizada pela rede Cochrane Collaboration e os resultados encontrados revelaram um risco dobrado do motorista que consumiu maconha envolver-se em acidentes automobilísticos que resultem em lesões graves ou morte, embora o risco de associação entre a utilização da

substância e acidentes menos graves permaneça indefinido. Segundo os autores, essas conclusões convergem com estudos experimentais, sugerindo que a maconha realmente compromete a performance cognitiva e as tarefas motoras necessárias para manter uma capacidade de dirigir de forma segura.

Nesse cenário, é importante salientar que há estudos epidemiológicos acerca dos efeitos da maconha em condutores de veículos automotores que sugerem um aumento de duas a três vezes no risco de acidentes, nesse grupo populacional .

Há, também, observações de que as taxas de motoristas dirigindo sob a influência de maconha têm se elevado nos últimos anos. Segundo dados coletados, em 2004, no Canadá, 4% dos adultos relataram dirigir dentro da primeira hora após o consumo da substância, contra 1,9%, entre 1996 e 1997. Na Escócia, um levantamento à beira da estrada envolvendo 537 motoristas, revelou que 15% daqueles com idade entre 17 e 39 anos admitiram o uso de maconha nas 12 horas anteriores, enquanto o European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction encontrou testes positivos para maconha entre 0,3 e 7,4% dos motoristas dos seguintes países: Reino Unido, Dinamarca, Holanda, Noruega, Estados Unidos e Austrália .

Outro aspecto significativo é que o uso de maconha durante a gestação tem sido associado, de forma consistente, a alterações sobre o concepto, causando baixo peso ao nascimento, retardo do desenvolvimento do sistema visual, tremor, baixas performances na memória das crianças, além de aumento na delinquência juvenil.

Há estudo específico sobre os efeitos do uso pré-natal de um ou mais cigarros de marijuana ao dia, demonstrando que tal exposição tem significante impacto negativo no desenvolvimento intelectual dessas crianças na fase escolar .

De forma adicional, o consumo regular de maconha comumente associa-se a sintomas de bronquite, elevação da frequência de infecções respiratórias e de neoplasias malignas do aparelho respiratório .

Usuários de maconha também apresentam maior incidência de infarto do miocárdio , podendo ensejar elevação do risco de óbito em três vezes, em comparação ao grupo de não usuários .

Nos Estados Unidos da América, ao analisar dados epidemiológicos sobre o consumo/dependência de maconha em Estados que promoveram descriminalização para uso medicinal da substância e nos que não o fizeram, Cerdá e cols. observaram que adultos vivendo no primeiro grupo apresentaram maiores taxas, quando comparadas àqueles Estados que não modificaram em sua legislação restritiva .

Estudo com desenho semelhante, entre adolescentes de 12 a 17 anos de idade, com dados do National Survey on Drugs Use and Health, entre 2002 e 2008, demonstrou que os Estados que permitiram o uso medicinal da maconha apresentaram consumo mais elevado da substância entre adolescentes que, inclusive, demonstraram reduzida percepção dos riscos associados a sua utilização .

No Brasil, estudo realizado na Unidade de Álcool e Drogas da Universidade de São Paulo, envolvendo 104 usuários crônicos de maconha, ao avaliar funções neurocognitivas ensejou a seguinte percepção: o consumo crônico da substância, iniciado na adolescência, antes dos 15 anos de idade, levou a comprometimento cognitivo dos usuários, quando comparados ao grupo controle .

O consumo de maconha tem sido associado, de forma cientificamente consistente, a consequências negativas sobre a memória de curto prazo (com duração característica inferior a um minuto, com capacidade limitada para 5 ou 6 palavras, ou 7 dígitos), a memória de trabalho (tipo especial de memória de curto prazo, com capacidade para manipular a informação em pouco tempo) e a interação entre os eventos cognitivos e a emoção. Tais alterações justificariam a epidemiologia que associa o uso da substância à maior prevalência de acidentes automobilísticos graves, psicoses, depressão e redução da trajetória acadêmica .

No mesmo contexto, há evidências que mostram associação entre o consumo de maconha e baixo resultados acadêmicos, especialmente com retardo para conclusão do ensino médio e menor grau acadêmico alcançado na idade adulta .

Estudos recentes envolvendo usuários de maconha têm acumulado suficientes evidências da associação entre o consumo crônico da substância e o comprometimento da memória. Os déficits funcionais descritos aumentam proporcionalmente à frequência e tempo de consumo, bem como à dose utilizada e à mais tenra idade de início do uso da maconha. Adicionalmente, outros estudos focados em usuários abstinentes demonstram que a disfunção da memória persiste por algum tempo após a intoxicação aguda, sugerindo a ação de resíduos da substância, levando a um estado crônico de intoxicação, ou que a alteração neurológica requer um período de tempo prolongado, ainda indeterminado, para sua recuperação .

Estudo realizado nos Estados Unidos, envolvendo 102 usuários crônicos (quase diariamente, por mais de duas décadas), corrobora a conclusão de que o consumo da substância compromete a atenção e a memória .

Relação com a baixa escolaridade dos usuários

Na literatura neurológica especializada há numerosos estudos que têm demonstrado o efeito protetivo da escolaridade mais ampla sobre o encéfalo, no que tange ao desencadeamento de processos demenciais, em geral. Trata-se da hipótese da reserva cognitiva, que explicaria a baixa correlação temporal entre a observação de marcadores patológicos para demência e sua apresentação clínica. Assim, pessoas com maior escolaridade teriam retardado o início das evidências clínicas de demência e, de forma correspondente, a baixa escolaridade seria fator de risco para a precocidade de tais manifestações .

Objetivamente, a teoria da reserva cognitiva define que a maior escolaridade resulta em uso mais efetivo das redes cerebrais que sustentam lesões estruturais sem que sejam perceptíveis os déficits na cognição, pelo menos por um certo período de tempo. Em países como o Brasil, estudos têm demonstrado que idosos analfabetos ou de baixa escolaridade apresentam maior prevalência de demência, quando comparados àqueles com melhor nível educacional, ensejando a percepção de que educação escolar nas fases precoces da vida deve ser vista como um assunto de saúde pública, na medida em que tende a assegurar uma reserva cognitiva, prevenindo a demência .

Segundo dados do último Censo do IBGE, no Brasil há cerca de 14 milhões de analfabetos, na faixa etária acima de 15 anos de idade e em crianças abaixo de 10 anos a taxa dos que não sabem ler e escrever é de 6,5% .

Diante de tal realidade associada à população brasileira, o consumo de maconha tende a amplificar negativamente essa situação, com potencialidade de transformar-se em incomensurável problema de saúde pública nacional, com relevantes repercussões sobre o nosso já combalido sistema único de saúde, além de, virtualmente, sobrecarregar, de forma até mesmo imponderável, nosso claudicante sistema previdenciário.

Uso medicinal da maconha

O THC e seus análogos vêm sendo utilizados em pacientes portadores de esclerose múltipla, com relatos de alguns benefícios associados ao alívio de dor e de disfunções vesicais, além de controversos efeitos positivos sobre a espasticidade, porém, há registro de que a maconha inalada ou ingerida está associada a efeitos cognitivos adversos nesses pacientes, podendo ter significativo impacto negativo na sua qualidade de vida .

De forma contraditória aos resultados obtidos em estudos com animais, as substâncias canabioides não se mostraram potentes analgésicos

para dor aguda em seres humanos, não podendo ser recomendados para essa condição .

Desde 2002 tem sido demonstrado, em roedores condicionados pelo medo, que o sistema canabioide tem papel central na extinção de memórias adversas e da dor. Todavia, os estudos clínicos em humanos ainda são insuficientes para extrapolar tais conclusões para nossa espécie .

Recente meta-análise envolvendo 18 trabalhos clínicos controlados sobre a utilização de canabioides para tratamento de dor crônica, incluindo dor neuropática e dor associada à esclerose múltipla, sugere que tais substâncias possuem propriedades analgésicas moderadas, que podem ser parcialmente ou completamente anuladas pelos efeitos colaterais potencialmente sérios que podem causar .

Tonturas, sonolência, boca seca, comprometimento cognitivo e de memória, hipotermia, taquicardia, episódios de ansiedade ou psicoses podem ocorrer durante o uso de maconha para fins “medicinais”. Esses efeitos são relacionados à dose utilizada, sendo certo que pacientes com antecedentes de psicoses ou ataques de pânico não devem receber tal prescrição. Portanto, sopesando-se as propriedades analgésicas apenas moderadas, em seres humanos, ante o potencial de prejuízos que pode desencadear, alguns protocolos clínicos têm elencado a maconha como droga de segunda linha para terapêutica da dor crônica, em geral .

No cenário da prescrição médica da maconha também está o diagnóstico de glaucoma. Todavia, sobre o tema é ilustrativo o posicionamento oficial da Sociedade Americana de Glaucoma :

Embora a maconha possa reduzir a pressão intraocular, seus efeitos colaterais e a curta duração de sua ação, combinados com a ausência de evidência de que possa alterar o curso clínico do glaucoma, atualmente, não há nenhuma recomendação para seu uso no tratamento de tal doença. (Tradução livre)

Genericamente, sobre o uso medicinal da maconha, os especialistas Kleber e Dupont enfatizaram que, se de um lado, não há literatura clínica que sustente inequivocamente os efeitos benéficos do uso terapêutico da substância, por outro, não se pode ignorar as precauções necessárias quanto aos seus efeitos colaterais, incluindo uma taxa de dependência de 9% do total de usuários. Nesse contexto, recomendaram que os médicos devem avisar seus pacientes de que o uso medicinal da maconha não é aprovado pelo FDA (Food and Drug Adminstration) e que não há, nos Estados Unidos, produtos padronizados ou purificados que tenham sido aprovados .

Aspectos econômicos

Estima-se que a descriminalização da maconha possa retirar algo como 10 bilhões de dólares dos cartéis e o crescimento comércio da droga nos Estados Unidos coloca a Cannabis sativa como a segunda maior safra do país, atrás apenas dos grãos. Como exemplo, cita-se que após a legalização do uso da maconha para fins medicinais, nas cidades norte americanas de Sacramento e San Jose, o primeiro mês da arrecadação dos impostos representou uma quantia de 290.000 dólares, o que equivale a aproximadamente 3,5 milhões de dólares ao ano .

Na Holanda, a partir de 05 de janeiro de 2012, entrou em vigor uma lei restritiva sobre a comercialização de maconha e outras “drogas leves” para estrangeiros e para nativos, também. A estimativa da prefeitura da cidade de Maastricht, estrategicamente localizada entre a Bélgica e a Alemanha, é de que lá haverá uma perda de 118 milhões de dólares ao ano e o prejuízo será de 569 milhões de dólares/ano, considerando todo o país .

Nesse compasso, na Espanha, onde é permitido o cultivo de maconha apenas para uso privado, o conselho municipal da cidade espanhola de Rasquera, respaldado por referendo popular, aprovou medida sui generis para sair da crise econômica que assola o país: alugar sete hectares de terras para a Asociación Barcelonesa Cannábica de Autoconsumo (ABCDA) cultivar Cannabis sativa, para uso terapêutico e recreativo, de seus 5.000 associados. O plano reverteria em 1,3 milhões de euros para a cidade, ao

longo de dois anos, o suficiente para quitar todos os débitos atuais, se não fosse vetado pelo governo central .

Direito à saúde

O direito à saúde – um direito social fundamental – está insculpido no art. 196 de nossa Carta Magna :

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (g.n.)

Saúde, segundo definição da Organização Mundial de Saúde, divulgado na carta de princípios de 7 de abril de 1948 - desde então, o Dia Mundial da Saúde -, "é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade" .

Uma análise perfunctória do texto constitucional torna inescapável a depreensão de que o Estado brasileiro tem o dever de implementar atitudes gerenciais que reduzam o risco de doenças e de agravos à saúde de seus cidadãos.

Ante todos os argumentos cientificamente comprovados pela ampla gama de respeitáveis referências supracitadas, apontando inequivocamente no sentido dos efeitos deletérios do consumo da maconha sobre o organismo humano, notadamente de adolescentes, com grande potencial associado a prejuízos neurocognitivos e psiquiátricos, indaga-se: como é possível o Estado revogar sua legislação vigente, restritiva sobre a substância em tela, sem ameaçar, direta e concretamente a Lei fundamental?

Por outro giro, ao considerarmos essa questão, de forma responsável, do ponto administrativo, sob uma perspectiva de saúde pública, ponderando-se que a maconha é a substância ilícita mais consumida no mundo inteiro, torna-se impossível evitar uma digressão futurística, no sentido de projetar o

provável impacto socioeconômico esperado no contexto de uma população composta por numerosos doentes com déficits neurocognitivos e restrições psiquiátricas, portanto, incapacitados para o trabalho, ainda em faixas etárias precoces, a gerar um passivo a ser sustentado pela população economicamente ativa remanescente. Como aceitar a razoabilidade de tal situação já previsível em nossos dias e, ainda assim, adotar a diretriz permissiva sobre a maconha, preconizada por determinados setores organizados da sociedade?

Quanto à questão econômica, tão decantada por esses mesmos setores, no sentido de que seria "evidentemente vantajosa", a descriminalização da substância, na medida em que a arrecadação tributária gerada pelo seu comércio, somada à "economia" associada à interrupção do combate à ilicitude relacionada, torna-se mister fazer uma prévia contraposição de tal receita ante às despesas eventualmente geradas, a seguir, pela assistência do Estado, na forma constitucionalmente estatuída, à saúde dos consumidores e/ou a sua manutenção através de verbas previdenciárias vitalícias.

Não se podem ignorar, simplesmente, os modelos análogos já vivenciados em nossa sociedade, quando estudamos, inclusive sob uma perspectiva histórica, as consequências sobre a saúde pública e o erário, associadas ao consumo de bebidas alcoólicas e do tabaco, nos seus mais diversos matizes. Em tal contexto, como justificar, do ponto de vista constitucional, uma abordagem econômica que, em última análise, repercutirá negativamente sobre a saúde pública?

Direito à liberdade

Por outro giro, nas sociedades hodiernas, quando se coloca em tela a questão do consumo recreativo de drogas psicoativas, classificadas por muitos Estados como ilícitas, vários setores se insurgem reivindicando o

direito fundamental à liberdade, à autodeterminação, como forma de legitimar sua opção pela utilização desse tipo de substância.

Do ponto de vista normativo, a Constituição Federal de 1988, ainda no preâmbulo, assegura a liberdade como um “valor supremo” de nossa sociedade e garante, no caput do artigo 5º, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à liberdade” .

Sobre tal perspectiva, Canotilho descreve que através da noção de liberdade “visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado” .

Bobbio leciona, acerca do direito à liberdade, mencionando Kant, que este se revelou pela primeira vez na Revolução Francesa, como autodeterminação, autonomia para legislar para si mesmo, em oposição aos “governos despóticos tradicionais” .

Sobre a liberdade, Kant assim a define: “a independência de ser constrangido pela escolha alheia é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes” . E prossegue: “a autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana” , esclarecendo que autonomia é a liberdade da vontade , incluindo a advertência de que que “não basta atribuir liberdade à nossa vontade, seja com o fundamento que for, se não tivermos razão suficiente para atribui-la também a todos os seres racionais” , conduzindo à conclusão de que “a autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais” .

Aspectos bioéticos

Com o impulso gerado pelo Kennedy Institute of Ethics, fundado em 1971, formou-se uma concepção particular da Bioética que dominou o cenário científico por mais de duas décadas, conhecida como principialismo .

O principal trabalho sobre o tema é o livro do filósofo Tom Beauchamp e do teólogo James Childress, em 1979, Principles of Biomedical Ethics, que

sugere os quatro princípios básicos da Bioética: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça .

Quanto à autonomia, sob a óptica da Bioética, o significado do vocábulo torna-se mais complexo. Gilles Voyer define que “cada ser humano tem nele mesmo uma determinada capacidade de desenvolvimento moral. Sob tal perspectiva, autonomia, no amplo sentido do termo, é o pleno desenvolvimento desse potencial que se dá em três facetas: a preocupação consigo mesmo, a preocupação com outrem e a preocupação com cada um”.

Nesse contexto, autonomia deve ser entendida como “nossa capacidade de harmonizar em nós mesmos o jogo entre desejo e razão” . Essa noção inclui tudo o que o direito preceitua sobre autodeterminação e “acrescenta a atenção ao bem do outro” .

Aspectos constitucionais

Ronald Dworkin ensina que “a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos” .

E continua, explicando que “os cidadãos têm direitos pessoais à proteção do Estado, assim como direitos pessoais a estar livres da interferência estatal, e pode ser que o governo tenha que escolher entre esses dois tipos de direitos”. E, se a escolha for certa, protegendo “o mais importante, em detrimento do que tem menos importância, o governo não terá enfraquecido ou aviltado a noção de direito” .

A seguir, Dworkin pontua que quando o Estado define um direito, deve considerar o “custo social de diferentes propostas e fazer os ajustes necessários” . E torna sua argumentação mais clara ao escrever :

> Quando os juristas dizem que os direitos podem ser limitados para proteger outros direitos ou para impedir uma catástrofe, eles têm em mente casos nos quais causa e efeito são relativamente claros, como o conhecido exemplo do homem que dá um alarme falso de incêndio em um teatro lotado.

Todavia, salienta que a maioria das leis que restringem o direito à liberdade se justificam por “razões utilitaristas”, na medida em que priorizam o interesse, ou “bem-estar geral” .

Teoria dos princípios

Nos sistemas jurídicos abertos o legislador utiliza-se de uma linguagem vaga, caracterizada pela ampla extensão do seu campo semântico, inclusive no que tange às consequências jurídicas atinentes à previsão legal. Essa forma torna-se mais apropriada à canalização das exigências da sociedade, tanto na Bioética quanto no Direito, pois, as exigências éticas são preferencialmente expressas como normas, sob a forma de princípios, ou cláusulas gerais .

O constitucionalismo contemporâneo é dominado pela "jurisprudência dos princípios" ou "jurisprudência dos valores", interpenetrada pela "jurisprudência dos problemas" (Viehweg-Zippelius-Enterría), que formam a espinha dorsal da Nova Hermenêutica, pós-positivismo, procurando "estorvar as ressurreições jusnaturalistas" e suprimir as "insuficiências" do positivismo legal .

Da lição de Paulo Bonavides, citando Boulanger – precursor da normatividade dos princípios :

> (...) existem no Direito proposições às quais séries de soluções positivas se subordinam. Essas proposições devem ser consideradas como princípios. (...) A verdade que fica é a de que os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Contém em estado de virtualidade grande número das soluções que a prática exige. (...) O enunciado de um princípio não escrito é a manifestação do espírito de uma legislação.

Conforme leciona Alexy, princípios são “mandamentos de otimização”, ao ordenarem que “algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Eles diferem das regras, na

medida em que estas “contêm ‘determinações’ no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” .

São classificados por Larenz como princípios abertos - que assumem o caráter de ideias jurídicas norteadoras -, sobretudo, os princípios da Constituição, "como assinala Grabitz, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, o Estado de Direito, o Estado social, a democracia e a separação de Poderes" .

Observa-se que, no mundo fático, é inevitável o conflito entre princípios e, segundo Dworkin, a solução desse impasse deve levar em conta "o peso relativo de cada um deles". Caracteristicamente, quando emerge um conflito entre princípios, um deles terá que ceder, ao ser feito o adequado sopesamento, definindo-se qual dos interesses tem maior peso no caso concreto .

Conforme ensina Alexy, “o significado quanto ao conteúdo da primazia prima facie de direitos individuais é sobrestimado quando ela é confundida com uma primazia definitiva” .

Na situação concreta ora descrita, claro está que o sopesamento a ser feito, no âmbito constitucional, coloca, de um lado, o direito à liberdade, no tempo presente, como obrigação negativa do Estado e, de outro, o direito à saúde, como uma obrigação positiva. O primeiro, colocado na perspectiva individual, ao passo que, no que tange à saúde, erige-se uma noção de coletividade, em seu mais amplo sentido, inclusive com intangíveis repercussões para as próximas gerações.

Nesse compasso, considerando as já mencionadas evidências científicas inequívocas que caracterizam os prejuízos causados à saúde humana pelo consumo da maconha, a simples evocação do direito à liberdade individual como pilar de sustentação a justificar a descriminalização de tal comportamento parece ensejar uma análise temerária e reducionista do tema.

Em tal contexto, deve-se acrescentar que, sob um ponto de vista sociológico, considerando a pluralidade dos meios tecnológicos de comunicação existentes na atualidade ensejando a mais ampla possibilidade de “se tornarem os únicos interlocutores do cidadão”, é mister submeter a questão à meticulosa crítica sobre o risco dele “ser oprimido pela tirania comunicacional (...) que manipula a consciência das pessoas a tal ponto que elas passam a acolher os mandamentos do mercado como verdades incontestáveis (...), em pensar que existe apenas uma realidade” .

Em momentos de tal complexidade, envolvendo aspectos multidisciplinares de tão variados espectros, é mister que os juristas iluminem o tema, de forma científica e honesta, descortinem interesses subliminares enrustidos, rompendo com dogmas e preconceitos, eventualmente interpostos, ainda que corram o risco de serem classificados, em um primeiro momento, ante a análise perfunctória do caso, como “conservadores”, porém, assegurando a plena vigência dos princípios constitucionais erigidos em nossa Carta Magna, inclusive como forma de garantir o bem de todos - objetivo fundamental da República.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 198.

________. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

ASBRIDGE, M., HAYDEN, J.A., CARTWRIGHT , J.L. Acute cannabis consumption and motor vehicle collision risk: systematic review of observational studies and meta-analysis. The British Medical Journal, 2012. v. 344.

BENDER, A. Dutch government to Foreigners: no more weed for you. Forbes, 2012. Disponível em: <

http://www.forbes.com/sites/andrewbender/2012/05/01/dutch-government-to-foreigners-no-more-weed-for-you/>. Acesso em 09 jul 2012.

BEZERRA, A.B. C., et al. School attainment in childhood is an independent risk factor of dementia in late life: results from a Brazilian sample. International Psychogeriatrics, 2012. v. 24. p. 55–61.

BINSWANGER, I., THURSTONE, C., NUSSBAUM, A.. Medical marijuana use and suicide attempt in a patient with major depressive disorder. American Journal of Psychiatry, 2011. v. 168. p. 778-781.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 9. ed. São Paulo: Elsevier, 2004. p.100.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito constitucional. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 827 p.

BOULANGER apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 827 p.

BRASIL. Censo 2010: cai taxa de analfabetismo no país. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/11/16/censo-2010-cai-taxa-de-analfabetismo-no-pais>. Acesso em 09 jul 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 22 jul 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 395.

CERDÁ, M. et al. Medical marijuana laws in 50 states: Investigating the relationship between state legalization of medical marijuana and marijuana use, abuse and dependence. Drug and Alcohol Dependence, 2012. v. 120. p. 22– 27.

DINIZ, Débora, GUILHEM, Dirce. O que é Bioética? 1. ed. 5. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2009. p. 39.

DREWE, M., DREWE, J., RIECHER-RÖSSLER, A.. Cannabis and risk of psychosis. Swiss Medical Weekly, 2004. v. 134. p. 659-663.

DURAND, Guy. Introdução geral à Bioética. História, conceitos e instrumentos. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 51.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568 p.

ERB, K.P..Stirring the Pot: Could Legalizing Marijuana Save the Economy? Forbes, 2012. Disponível em: < http://www.forbes.com/sites/kellyphillipserb/2012/04/20/stirring-the-pot-could-legalizing-marijuana-save-the-economy/>. Acesso em 08 jul 2012.

FONTES, M.A. et al. Cannabis use before age 15 and subsequent executive functioning. The British Journal of Psychiatry, 2011. v. 198. p. 442–447.

GEIBPRASERT, S., GALLUCCI, M., KRINGS, T.. Addictive illegal drugs: structural neuroimaging. American Journal of Neuroradiology, 2010. v. 31. p. 803– 08.

GOLDSCHMIDT, L. et al. Prenatal marijuana exposure and intelligence test. Performance at Age 6. Journal of American Academy of Child and Adolescent Psychiatry, 2008. v.47. p. 254-263.

HALL, C.B. et al. Education delays accelerated decline on a memory test in persons who develop dementia. Neurology, 2007. v. 69. p. 1657–1664.

HALL, W., DEGENHARDT, L.. Adverse health effects of non-medical cannabis use. The Lancet, 2009. v. 374. p. 1383–91.

HAYATBAKHSH, M. R. et al. Cannabis and anxiety and depression in young adults: a large prospective study. Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry, 2007. v. 46. p. 408-17.

HONARMAND, K. et al. Effects of cannabis on cognitive function in patients with multiple sclerosis. Neurology, 2011. v.76. p.1153–1160.

JAMPEL, H.. Position statement on marijuana and the treatment of glaucoma. Disponível em: <http://www.americanglaucomasociety.net/patients/position_statements/marijuana_glaucoma>. Acesso em 08 jul 2012.

KALANT H. Adverse effects of cannabis on health: an update of the literature since 1996. Progress in Neuro-Psychopharmacology and Biological Psychiatry, 2004. v. 28. p. 849-63.

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. São Paulo: Edipro, 2003. p. 83.

________. Crítica da razão prática. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 43.

________. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Martin Claret, 2005. 139 p.

KLEBER, H.D., DUPONT, R.L.. Physicians and medical marijuana. American Journal of Psychiatry, 2012. v. 169. p. 564-568.

KRAFT, B.. Is there any clinically relevant cannabinoid-induced analgesia? Pharmacology, 2012. v. 89. p. 237–246.

KRISHNAN S., CAIRNS, R., HOWARD, R. Cannabinoids for the treatment of dementia. Cochrane Database Systematic Reviews, 2009. v. 2.

LARGE, M. et al. Cannabis use and earlier onset of psychosis. Archives of General Psychiatry, 2011. v. 68. p. 555-561.

LARGE, M. et al. The association between cannabis use and earlier age at onset of schizophrenia and other psychoses: meta-analysis of possible confounding factors. Current Pharmaceutical Design, 2012.

MARTÍN-SÁNCHEZ E., et al. Systematic review and meta-analysis of cannabis treatment for chronic pain. Pain Medicine, 2009. v. 10. p. 1353-1368.

MARTINS-COSTA. Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. In: José de Oliveira Ascenção (coord.). Estudos de Direito da Bioética. Coimbra: Almedina, 2008. vol. II. p. 91-92.

MIGALHAS. Entregue anteprojeto do novo CP. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI158412,11049-Entregue+anteprojeto+do+novo+CP>. Acesso em 05 ago 2012.

MUKAMAL, K. J. et al. An exploratory prospective study of marijuana use and mortality following acute myocardial infarction. American Heart Journal, 2008. v. 155. p. 465-70.

RODRIGUEZ, C. Eurozone local economic crisis? Marijuana to the rescue. Forbes, 2012. Disponível em: <http://www.forbes.com/sites/ceciliarodriguez/2012/05/06/eurozone-local-economic-crisis-marijuana-to-the-rescue/>. Acesso em 09 jul 2012.

SALOMONSEN-SAUTEL, S. et al. Medical marijuana use among adolescents in substance abuse treatment. Journal of American Academy of Child and Adolescence Psychiatry, 2012.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva, vol. 17, nº 1. p. 29-41, 2007.

SHANNON, M.W., BORRON, S.W., BURNS, M.. Haddad and Winchester's Clinical Management of Poisoning and Drug Overdose. St. Lois: Saunders, 2007, 4. ed.

SHECAIRA. Sérgio Salomão. Criminologia. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 213.

SMIT, F., BOLIER, L., CUIJPERS, P.. Cannabis use and the risk of later schizophrenia: a review. Addiction, 2003. v. 99. p. 425–430.

SOLOWIJ, N., BATTISTI, R. The chronic effects of cannabis on memory in humans: a review. Current Drug Abuse Reviews, 2008. v. 1. p. 81-98.

SOLOWIJI, N., et al. Cognitive functioning of long-term heavy cannabis users seeking treatment. Journal of American Medicine Association, 2002. v. 287. p. 1123-1131.

TORRES, G., FIESTAS, F.. Efectos de la marihuana en la cognición: una revisión desde la perspectiva neurobiológica. Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública, 2012. v. 29. p. 127-34.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). World Drug Report 2011. United Nations Publication, 2011.

VOYER, Gilles apud DURAND, Guy. Introdução geral à Bioética. História, conceitos e instrumentos. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 175.

WALL, M. M. et al. Adolescent marijuana use from 2002 to 2008: higher in states with medical marijuana laws, cause still unclear. Annals of Epidemiology, 2011. v. 27. p. 14-716.

O DESTAQUE NA HIERARQUIA DE VALORES CONCEDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LIBERDADE DE IMPRENSA

Carolina Scherer Bicca[2]
10.11117/9788565604093.03

Resumo: O presente artigo examinará a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, o qual analisou a extensão do direito à liberdade de imprensa, tendo como principal objetivo examinar se tal decisão, de acordo com a ideia de Alexy de que é necessário realizar um balanceamento entre princípios colidentes, observou o princípio da proporcionalidade e obteve a máxima otimização de todos os direitos fundamentais envolvidos.

Palavras-Chave: ADPF nº 130 – Liberdade de Imprensa - Balanceamento – Princípios Colidentes – Princípio da Proporcionalidade – Otimização – Direitos Fundamentais.

Abstract: The present essay will examine the decision rendered by the Supreme Federal Court on the occasion of the trial of the Action of Fundamental Noncompliance number 130, that analyzed the extension of freedom of press, but the main purpose of this article is to analyse if this decision, according to the theses of Alexy that is necessary to proceed a balancing between competing principles, observed the principle of proportionality and obtained the optimization between the fundamental rights existents.

---

[2] Procuradora Federal, no exercício do cargo de Procuradora-Chefe do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Keywords: ADPF nº 130 – Freedom of the press - Balancing – Competing Principles – Principle of Proportionality – Optimization – Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O presente artigo examinará o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 130, no qual o Supremo Tribunal Federal - STF declarou a inconstitucionalidade da "Lei de Imprensa", mas visa, principalmente, analisar, sob a perspectiva de Robert Alexy de que deve haver um balanceamento ou um sopesamento entre princípios constitucionais colidentes, se a decisão adotada observou o princípio da proporcionalidade, obtendo uma otimização plena de todos os direitos conflitantes, entre eles o direito à liberdade de imprensa, à vida privada e à honra e o direito de resposta.

Em um primeiro momento, nos limitaremos a realizar um estudo do caso, ressaltando os principais aspectos da decisão proferida na ADPF nº 130 pelo STF.

A seguir, efetuaremos uma análise crítica, examinando a extensão do julgado e se havia alternativa(s) para que a decisão em questão fosse adotada de outra forma. Referida análise será efetuada com base na teoria de Robert Alexy de que o balanceamento efetuado entre princípios colidentes garante a racionalidade de uma decisão, sopesamento este obtido mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.[3]

Posteriormente, observaremos as consequências geradas pela decisão objeto do presente estudo e, por fim, apontaremos uma solução para o impasse gerado.

---

[3] ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. **Ratio Juris**. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, Passim.

2 O Julgamento da ADPF nº 130 pelo Supremo Tribunal Federal

A Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, conhecida como "Lei de Imprensa", editada em plena época da ditadura militar no Brasil, e sob a proteção de uma ordem constitucional que foi posteriormente revogada pela Constituição Federal de 1988, regulava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, tratava dos abusos do seu exercício, tutelando, igualmente, o direito de resposta e a responsabilização civil e penal daqueles que no exercício da liberdade de imprensa violassem direito ou causassem prejuízo a outrem.

O Partido Democrático Trabalhista – PDT, em 2008, ingressou com Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por se tratar de legislação pré-constitucional, visando (1) à declaração de inconstitucionalidade total da Lei supracitada ou (2) alternativamente, à declaração de revogação de determinados dispositivos da "Lei de Imprensa", os quais, de acordo com o Arguente, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, e (3) à interpretação conforme à Constituição Federal de outros artigos da Lei, com o objetivo de evitar que determinados dispositivos legais defasados pudessem dar azo a prática de atos lesivos aos preceitos fundamentais assegurados nos incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do artigo 5º e artigos 220 a 223 da Carta Magna.

Como resultado, a "Lei de Imprensa", conforme decidido pela Corte, foi abolida do ordenamento jurídico na sua integralidade, tendo sido declarados inconstitucionais todos os dispositivos que a integravam.

Segundo o Ministro Relator, a mesma não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, devendo-se sempre respeitar

> a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por

> qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas.[4]

De acordo com a ementa da decisão a liberdade de imprensa deve ser plena, consistindo em um:

> reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana.[5]

Ainda, ficou assentado que a liberdade de informação jornalística é um direito "irregulamentável" pelo Estado, tendo em vista que:

> são irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.[6]

Além disso, os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa restaram qualificados como "sobredireitos".

Com efeito, restou consignado que:

> no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.[7]

---

[4] ADPF 130/DF, Relator Ministro Carlos Britto, p. 1-334, D. J. 6.11.2009, p. 8. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411. Acesso em: 20/10/2011
[5] ADPF 130/DF, op. cit. p. 1.
[6] ADPF 130/DF, op. cit. p. 10.
[7] ADPF 130/DF, op. cit. p. 4.

Restou reconhecido, no entanto, não haver óbice de natureza constitucional à regulamentação de matérias reflexas à liberdade de imprensa, tendo, referida decisão, inclusive, enumerado, de forma exemplificativa, o rol destas matérias, que são aquelas elencadas pela própria Constituição, entre elas: (1) direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; (2) proteção do sigilo da fonte; e (3) responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação.

Apesar desta ressalva, a maioria dos Ministros do Supremo optou por retirar do ordenamento jurídico referida Lei na sua totalidade, invalidando, inclusive, aqueles dispositivos que tratavam destas matérias.

A "Lei de Imprensa", conforme frisado, disciplinava o direito de resposta de forma exauriente, tratando das hipóteses de seu cabimento (art. 29 – nos casos de veiculação de fato inverídico ou errôneo); da legitimação para o pleito de resposta (art. 29, §1º); do que consistia o direito de resposta (art. 30, I, II e III); da forma como tal direito seria exercitado; do prazo para atendimento ao direito de resposta (art. 31); do prazo para resposta do órgão de imprensa em sede judicial (art. 32, §3º); do prazo para tomada de decisão judicial (art. 32, §4º); e dos casos em que a publicação ou transmissão da resposta ou retificação não seria permitida (art. 34).

A Corte, todavia, talvez em face do grande trauma causado pela censura durante a ditadura em nosso país, aboliu a "Lei de Imprensa" do ordenamento jurídico na sua integralidade, talvez mais pelo caráter simbólico do que jurídico da decisão, pois, se referida norma não ostentasse essa carga negativa, talvez parte dela teria sido preservada, como alguns Ministros, aliás, defenderam, tendo o Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, votado pela improcedência da ação no tocante aos artigos 29 a 36 (que regulavam o direito de resposta) da referida Lei.

Com efeito, o entendimento pela abolição total da "Lei de Imprensa" do ordenamento jurídico preponderou, e de acordo com o Supremo deveria perfectibilizar-se em face da:

> Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescondível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.[8]

Efetuada uma breve disposição sobre os principais aspectos a serem ressaltados na decisão proferida na ADPF nº 130, passaremos, então, a proceder a uma análise crítica da mesma.

3 Análise Crítica da Decisão Proferida na ADPF Nº 130

3.1 A inexistência de um direito à liberdade de imprensa irregulamentável

Através do estudo da evolução jurisprudencial americana sobre as interpretações conferidas à 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América[9], a qual determina, dentre outras coisas, que o Congresso não legislará cerceando a liberdade de imprensa, verificamos que o processo de interpretação iniciou-se com a concepção liberal originária do voto dissidente de Oliver W. Holmes no famoso caso Abrams[10], o qual defendia que somente

---

[8] ADPF 130/DF, op. cit. p. 10.

[9] O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos. Constituição dos Estados Unidos da América 1787. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html, Acessado em: 22/05/2012.

[10] The defendants were convicted on the basis of two leaflets they printed and threw from windows of a building. One leaflet signed "revolutionists" denounced the sending of American troops to Russia. The second leaflet, written in Yiddish, denounced the war and US efforts to impede the Russian Revolution. The defendants were charged and convicted for inciting resistance to the war effort and for urging curtailment of production of essential war material. They were sentenced to 20 years in prison.

o livre intercâmbio de ideias poderia alcançar a verdade, seguindo para a concepção republicana e cívica de James Madison, citada expressamente pela Suprema Corte no caso Sullivan[11], segundo a qual a liberdade de expressão faz parte do sistema constitucional democrático e de deliberação pública.[12]

Importa registrar, porém, como fez Gilmar Ferreira Mendes que:

> Entre concepções liberais, individuais ou subjetivas, por um lado, e outras concepções cívicas, republicanas, democráticas ou objetivas, o aparente paradoxo das liberdades de expressão, de informação e de imprensa tem sido
>
> enfrentado pelas Cortes Constitucionais com base em um postulado que hoje faz transparecer quase uma obviedade: **as restrições legislativas são permitidas e até exigidas constitucionalmente quando têm o propósito de proteger, garantir e efetivar tais liberdades.**[13] (grifos do autor)

Question: Do the amendments to the Espionage Act or the application of those amendments in this case violate the free speech clause of the First Amendment? Conclusion: No and no. The act's amendments are constitutional and the defendants' convictions are affirmed. In Clarke's majority opinion, the leaflets are an appeal to violent revolution, a call for a general strike, and an attempt to curtail production of munitions. The leaflets had a tendency to encourage war resistance and to curtail war production. Holmes and Brandeis dissented on narrow ground: the necessary intent had not been shown. These views were to become a classic libertarian pronouncement. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1919/1919_316, Acessado em: 23/05/2012.

[11] Decided together with Abernathy v. Sullivan, this case concerns a full-page ad in the New York Times which alleged that the arrest of the Rev. Martin Luther King, Jr. for perjury in Alabama was part of a campaign to destroy King's efforts to integrate public facilities and encourage blacks to vote. L. B. Sullivan, the Montgomery city commissioner, filed a libel action against the newspaper and four black ministers who were listed as endorsers of the ad, claiming that the allegations against the Montgomery police defamed him personally. Under Alabama law, Sullivan did not have to prove that he had been harmed; and a defense claiming that the ad was truthful was unavailable since the ad contained factual errors. Sullivan won a $500,000 judgment. Question: Did Alabama's libel law, by not requiring Sullivan to prove that an advertisement personally harmed him and dismissing the same as untruthful due to factual errors, unconstitutionally infringe on the First Amendment's freedom of speech and freedom of press protections? The Court held that the First Amendment protects the publication of all statements, even false ones, about the conduct of public officials except when statements are made with actual malice (with knowledge that they are false or in reckless disregard of their truth or falsity). Under this new standard, Sullivan's case collapsed. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1963/1963_39, Acessado em: 23/05/2012.

[12] SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University; 1999, p. 176.

[13] MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves

Na Alemanha, a liberdade de imprensa passou a ser considerada, a partir do julgamento do famoso caso Lüth em 1958,[14] um direito subjetivo fundamental e, ao mesmo tempo, uma garantia institucional, tendo essa ideia, aliás, moldado o direito constitucional alemão no sentido de que:

> a garantia constitucional dos direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais são, para citar a Corte Constitucional Federal, "ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores".[15]

Partindo dessa premissa, Gilmar Mendes conclui que "o caráter institucional da liberdade de imprensa não apenas permite como exige a

---

considerações. **Observatorio da Jurisdicao Constitucional**, Ano 4, 2010/2011, Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/427/275, Acessado em: 23/05/2012.

[14] Lüth havia convocado o público alemão, os donos de casas de cinema e os produtores de filme a boicotarem os filmes produzidos após 1945 por Veit Harlan, pois ele fora o diretor nazista de maior destaque. Lüth referia-se, em especial, ao filme "Jud Suss", o filme líder da propaganda nazista antissemita. O Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que Lüth deveria deixar de promover qualquer boicote ao novo filme de Harlan, "Amante Imortal" (Unsterbliche Geliebte). O Tribunal fundamentou sua decisão ao afirmar que incitar o boicote a filmes como esse violava o art. 826 do Código Civil Alemão, sendo contrário à política pública. Lüth apresentou uma queixa constitucional contra essa decisão. A corte Constitucional Federal Alemã considerou a incitação ao boicote de Lüth a tais filmes como *prima facie* protegida pela liberdade de expressão garantida na primeira seção do art. 5º da Lei Fundamental. A segunda seção do art. 5º da Lei Fundamental, no entanto, contém três cláusulas limitadoras da liberdade de expressão garantida na primeira. A primeira delas seria de uma "lei geral". O Tribunal Constitucional reconheceu que o art. 826 do Código Civil, aplicado pelo Tribunal de Hamburgo, era uma lei geral no sentido da primeira cláusula limitadora, o dispositivo referente à "lei geral" (Decisões da Corte Constitucional Federal, BverfGE, vol. 7, 198, 211f.) A Corte requereu que houvesse um balanceamento ou um sopesamento dos princípios constitucionais colidentes em que a aplicação de regras do Direito Civil poderia limitar um direito constitucional. O resultado do seu balanceamento foi que ao princípio da liberdade de expressão deveria ser dado prioridade sobre considerações constitucionais concorrentes. Ele exigiu que o dispositivo "contra a public policy" do art. 826 do Código Civil Alemão fosse interpretado de acordo com essa prioridade.[14] Alexy, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. **Ratio Juris**. Vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-40), p. 132.

[15] Tradução livre para: the constitutional guarantee of individual rights is not simply a guarantee of classical defensive rights of the citizem against the state. The constitutional rights embody, to cite the Federal Constitucional court, "at the same time an objective ordem of values." ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. **Ratio Juris**. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131-140, p. 133.

intervenção legislativa, com o intuito de dar conformação e, assim, conferir efetividade à garantia institucional."[16]

Analisando o julgamento da ADPF nº 130, importa destacar não se ter dúvida de que muitos dos dispositivos da "Lei de Imprensa", por caracterizarem um tipo de censura prévia, não se compatibilizavam com a ordem constitucional vigente, que estabelece como regras essenciais do Estado Democrático de Direito a liberdade de expressão ou da palavra e o acesso do cidadão à informação.

Com efeito, sob o pálio destas regras é que se estipulou que a liberdade de comunicação social não poderá sofrer restrições de qualquer espécie (art. 220 da CF).

Isso não significa, no entanto, que tal garantia é irregulamentável.

Como já dizia Nelson Hungria:

> Liberdade de imprensa é o direito de livre manifestação do pensamento pela imprensa; mas, como todo direito, tem o seu limite lógico na fronteira dos direitos alheios. A ordem jurídica não pode deixar de ser um equilíbrio de interesses: não é possível uma colisão de direitos, autenticamente tais. O exercício de um direito degenera em abuso, e torna-se atividade antijurídica, quando invade a órbita de gravitação do direito alheio. **Em quase todo o mundo civilizado, a imprensa, pela relevância dos interesses que se entrechocam com o da liberdade das idéias e opiniões, tem sido objeto de regulamentação especial.**[17] (grifos do autor).

Ademais, o próprio artigo 220 da Constituição Federal não considera a liberdade de comunicação social um direito absoluto, pois determina que o seu exercício deve observar o disposto na Constituição.

E não se pode concluir que por não ter o legislador constituinte contemplado diretamente a possibilidade de intervenção legislativa no

---

[16] MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 18.
[17] Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. VI, p. 261.

tocante à liberdade de comunicação que não seja possível a existência de lei conformando os direitos constitucionais conflitantes.[18]

Partindo-se dessa premissa, nossa crítica repousa no fato de que vários artigos da “Lei de Imprensa” poderiam ter sido preservados pelo STF, pois não incidiam no núcleo do direito de imprensa, como aqueles dispositivos, por exemplo, que regulavam o direito de resposta (artigos 29 a 36 da Lei).

Ademais, não nos parece que a regulamentação do direito de resposta, tal como se encontrava prevista, tivesse aquele viés preconizado pelo Supremo de sufocar o pensamento crítico do país, mas apenas o de inibir o cometimento de abusos, preocupação esta manifestada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto.

3.2 A inexistência de direitos absolutos e a necessidade de submissão dos direitos ao sistema de ponderação

De acordo com Alexy, outra lição que se tem da decisão proferida no caso Lüth, acima mencionado, é a de que:

> Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios somente pode ser resolvida pelo balanceamento. A lição da decisão em Lüth mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, portanto, é a seguinte: “Um balanceamento de interesses torna-se necessário”.[19]

Na ponderação levada à cabo pelo STF entre o direito à liberdade de imprensa e o direito individual à honra e à imagem das pessoas, o primeiro ocupou um lugar de destaque na hierarquia de valores.

---

[18] MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 19.

[19] Livre tradução para: Values and principles tend to colide. A collision of principles can only be resolved by balaning. The lesson of the Lüth decision that is most importante for everyday legal work runs, therefore, as follows: “A ‘balancing of interestes’ becomes necessary.” ALEXY, Robert. Op. cit. p. 133.

A par desta posição adotada pelo Supremo, questiona-se a necessidade de abolição total da "Lei de Imprensa", que dispunha de outras questões, as quais, inclusive, conferiam efetividade à garantia institucional da liberdade de informação, na medida em que visavam conter os abusos praticados no seu exercício e garantiam o contraditório, como, por exemplo, aquelas disposições atinentes ao direito de resposta.

De acordo com Alexy, o balanceamento faz parte da aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual é dividido em três sub-princípios, quais sejam: o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sendo que ambos expressam a ideia de otimização, no sentido de que "princípios são normas que requerem que algo seja realizado na máxima extensão possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas"[20].

Nas palavras do próprio autor:

> Os princípios da adequabilidade e da necessidade dizem respeito ao que é fática ou factualmente possível. O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados. Se um meio M, adotado para promover o princípio P1, não é adequado a essa finalidade, mas obstrui a realização de P2, então não haverá custos quer para P1 ou P2 se M for omitido, mas haverá custos para P2 se M for abandonado. (...) Isto demonstra que o princípio da adequabilidade não é nada mais do que uma expressão da idéia do optimal de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento da outra. O mesmo se aplica ao princípio da necessidade. Esse princípio requer que um dos dois meios de promover P1, que sejam, em um sentido amplo, igualmente adequados, deva ser escolhido aquele que interfira menos intensamente em P2.[21]

Em relação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afirma o autor que:

---

[20] Livre tradução para "principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the legal and factual possibilities". Alexy, Robert. Op. cit. p. 135.

[21] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. **Ratio Juris**. Vol. 16, n. 2, junho de 2003. p. 135

> Esse princípio expressa o que significa a otimização relativa às possibilidades jurídicas (legal). Ela é idêntica à regra que pode ser denominada “Lei do Balanceamento”. Essa regra estabelece que: quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro.[22]

Assim, conforme Alexy:

> O balanceamento pode ser dividido em três etapas ou estágios. O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não-satisfação do primeiro.[23]

Aplicando-se as regras acima traçadas por Alexy ao caso ora analisado, verifica-se que o julgamento efetuado pelo STF na ADPF nº 130 não passou pelo terceiro estágio acima referido, tendo o mesmo sido desproporcional na medida em que para satisfazer a primazia do direito à liberdade de informação, adotara uma medida severa e desnecessária que fora a declaração de inconstitucionalidade da totalidade dos dispositivos da Lei de Imprensa, inclusive daqueles que tratavam de questões reflexas à liberdade de informação, tendo sacrificado de forma injustificada o direito de resposta, direito este, aliás, também previsto constitucionalmente.

Com efeito, efetuando-se o balanceamento preconizado pelo autor supracitado, constata-se que, ao invalidar os dispositivos da Lei que regulamentavam o direito de resposta, o grau de não-satisfação de tal direito foi enorme, pois aqueles dispositivos garantiam efetividade e agilidade na promoção de tal direito. Ao princípio concorrente, qual seja, o direito à livre informação foi atribuído elevada importância. Ocorre que, a importância de se satisfazer o direito à informação não justificava a restrição imposta ao direito de resposta.

---

[22] ALEXY, Robert. Op. cit. p. 135.
[23] ALEXY, Robert. Op. cit. p. 136.

Referido direito, como já se frisou anteriormente, configura, aliás, um reforço ao direito à liberdade de imprensa, ao garantir o contraditório.

O Supremo, assim, mesmo entendendo que devem ser protegidos, ainda que de forma secundária, os direitos à imagem e à honra, que incidirão posteriormente ao direito à livre manifestação do pensamento, conferiu plenitude a este último, mas enfraqueceu sobremaneira os primeiros, ao não preservar na “Lei de Imprensa” os dispositivos atinentes ao direito de resposta.

Pode-se dizer, inclusive, que a abolição da regulamentação de tal direito foi contrária ao “princípio da proibição do retrocesso social”, segundo o qual “uma vez concretizada a norma constitucional, o legislador não mais poderia retroceder, revogando a legislação concretizadora”.[24]

De acordo com Luís Roberto Barroso:

> por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.[25]

A posição adotada pela Corte acabou por gerar um desequilíbrio enorme entre o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada, que poderiam ser reparados de forma eficaz mediante o direito de resposta. Ainda que se considere, como o fez o Supremo, de que deve haver a precedência do primeiro bloco, incidindo o segundo bloco *a posteriori,* a medida adotada pela Corte foi extremamente severa, quando não havia necessidade para tanto, configurando-se aí a desproporcionalidade da decisão.

4 Consequências da decisão proferida na ADPF nº 130

---

[24] SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 266.
[25] BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

A postura do Supremo ao julgar a ADPF nº 130, concedeu, na prática, caráter absoluto à liberdade de imprensa e destituiu de instrumentos hábeis de defesa aqueles que tiveram sua honra ou sua imagem lesada em razão do exercício abusivo da imprensa.

A Corte até que se preocupou em ressalvar o direito de resposta, frisando que, em relação a tal direito, não se criou um *vacum* legislativo, o que a nosso ver não corresponde à realidade.

Com efeito, os Ministros entenderam que o inciso V do artigo 5º da Constituição Federal[26], que assegura o direito de resposta proporcional ao agravo e de indenização pelo dano causado, é autoaplicável, sendo desnecessária legislação que o complemente, devendo aplicar-se ao direito de resposta as normas da legislação comum (Código Civil e de Processo Civil, Código Penal e de Processo Penal, etc.), conforme consignado no seguinte trecho da decisão:

> Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.[27]

A jurisprudência em geral também tem se posicionado favoravelmente à autoaplicabilidade do direito de resposta, como demonstram as seguintes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO PENAL. LEI DE IMPRENSA, DIREITO DE RESPOSTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRAZO.

[26] Art. 5º (...)
V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.
[27] ADPF 130/DF, op. cit. p. 11.

> DOIS DIAS. INTEMPESTIVIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. (...) De notar, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF, declarou como não recepcionado pela Constituição da República de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. 3. Entretanto, a Constituição Federal assegura, no seu art. 5º, V, o direito de resposta, proporcional ao agravo, norma essa de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, conforme entendimento da Suprema Corte deste País.[28]

> PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE RESPOSTA. LEI DE IMPRENSA. ADPF Nº 130/STF. PREVISÃO NO ART. 14 DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE COLÉGIO RECURSAL. APLICAÇÃO, À ÉPOCA, DA SÚMULA 690/STF. *TEMPUS REGIT ACTUM*. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE REMESSA DOS AUTOS À CORTE COMPETENTE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não obstante o julgamento da ADF nº 130/STF, no sentido de que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela CF/88, tem-se que o Direito de Resposta continua a existir no ordenamento pátrio, por força do artigo 14 do Pacto de São José da Costa Rica.[29]

Ocorre que as normas comuns existentes, não preveem, por exemplo, a forma como o direito de resposta deve ser exercido, o prazo para atendimento ao direito de resposta e o prazo para que o pedido de resposta seja concedido judicialmente, o que garantiria a plena eficácia de tal direito. Sem isto, tal direito não é exercitável a tempo, só sendo concedido o direito de resposta ao cidadão ou à pessoa jurídica lesada depois de muito tempo,

---

[28] Superior Tribunal de Justiça. EARESP 200400640659, Relator Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, p. 1-9, D. Je. 19/04/2010, p. 1. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400640659&dt_publicacao=19/04/2010. Acesso em: 21/10/2011.

[29] Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 23.369 – SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Recorrente: Dario Eliseo Casas, Impetrado: Juiz de Direito Relator da Apelação NR 491/95 do Colégio Recursal Criminal de São Paulo – SP. p. 1-8, D. Je. 30/08/2010, p. 1. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOURA%22%29.min.&processo=200602838796&b=ACOR. Acesso em: 21/10/2011.

quando, na verdade, o dano à imagem já se perpetuou, só restando a reparação pecuniária, que, em muitos casos, é de somenos importância.

A título de exemplo, em 2010, uma entidade pública, que depende de sua reputação e credibilidade para realizar com êxito sua missão institucional, teve sua honra e imagem denegridas por determinada matéria jornalística, que desqualificou o produto de seu trabalho, baseada em informações inverídicas e caluniosas.[30]

Referida entidade, depois de não ter sido atendida sua solicitação de resposta pelo veículo de comunicação que publicou a matéria, ingressou com ação judicial[31] pleiteando a concessão do direito de resposta, o qual foi, alguns meses depois, deferido em primeira instância, não tendo sido, todavia, concretizado ainda, passados quase dois anos do fato, pois o magistrado entendeu que não poderia conceder a liminar pleiteada por ser a mesma satisfativa, o que violaria o direito da outra parte de recorrer. O processo judicial foi enviado ao respectivo Tribunal que, até a presente data, não julgou a ação.

Assim, quando o direito de resposta for efetivamente assegurado pelo Judiciário, após percorrer todas as instâncias existentes, a publicação da resposta será inócua, pois ninguém sequer se recordará da matéria jornalística que a ensejou.

4 O impasse para o problema

O vácuo legislativo em relação ao direito de resposta, gerado pela decisão adotada pelo STF no julgamento da ADPF nº 130, poderá ser remediado com a edição de nova lei tratando do assunto.

---

[30] Planeta Osasco (SP): Ipea ganha direito de resposta contra “O Globo” Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6647, Acessado em: 22/05/2012.

[31] Ação nº 41191-93.2010.4.01.3400, 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília – DF.

Recentemente, texto de autoria do senador Roberto Requião foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça, seguindo para votação na Câmara.[32]

De forma sucinta, de acordo com referido projeto o ofendido terá 60 (sessenta) dias para solicitar a um jornal, revista, blog ou órgão de imprensa a publicação de seu direito de resposta. Em 7 (sete) dias, o veículo de comunicação deverá responder ao interessado, esclarecendo as informações publicadas, as quais, não sendo satisfatórias, darão ensejo para que o ofendido recorra à Justiça, que disporá de 30 (trinta) dias para decidir.

Assim, pode ser que com a aprovação de uma nova lei que regulamente o direito de resposta a lacuna existente no ordenamento jurídico seja preenchida.

CONCLUSÃO

O STF, por ocasião do julgamento da ADPF nº 130, declarou a inconstitucionalidade total da "Lei de Imprensa", tendo conferido à liberdade de imprensa destaque na hierarquia de valores, em comparação com o direito à vida privada, à intimidade e à honra, passando a considerá-la um "sobredireito".

Duas críticas, porém, são permitidas em relação ao julgado. Primeira, a de que referido direito, como, aliás, qualquer direito, não é irregulamentável, havendo, pelo contrário, a necessidade de sua regulamentação para que tal garantia institucional tenha efetividade. Segunda, nenhum direito é absoluto, devendo todos os direitos em conflito ser submetidos ao sistema de ponderação, sendo que, aplicando-se o princípio da proporcionalidade à questão da manutenção do direito de resposta tal como estava previsto na "Lei de Imprensa', verifica-se que a

[32] Senado aprova lei que regulamenta direito de resposta. Disponível em: http:www.estadao.com.br/noticiais/nacional, Acessado em 14/05/2012.

posição adotada pela Corte de não preservá-lo não o observou em toda a sua extensão, eis que desnecessária para se atingir ao fim buscado.

Com efeito, em que pese o Supremo pretender conferir primazia ao direito à liberdade de informação, não havia necessidade de se considerar todos os dispositivos da “Lei de Imprensa” inconstitucionais, inclusive aqueles que dispunham de matéria apenas reflexa à liberdade de imprensa, como o direito de resposta, por exemplo, direito este que, a partir do julgamento da ADPF nº 130, tornou-se ineficaz em nosso ordenamento jurídico.

A consequência advinda disto foi que os cidadãos e pessoas jurídicas prejudicadas pelo abuso do direito à livre manifestação do pensamento e à livre informação ficaram sem meios eficazes de obter a devida e rápida reparação pelo dano causado.

Assim, merece aplauso a decisão do Supremo ao buscar corrigir uma distorção história, causada pela censura praticada à época da ditadura, conferindo primazia ao direito à liberdade de informação e de expressão, porém, concluímos que a Corte pecou pelo excesso, não tendo obtido a plena otimização de todos os direitos envolvidos, acarretando consequências lesivas àqueles que sofreram pelo exercício abusivo da liberdade de imprensa, em face do vácuo legislativo gerado em relação ao direito de resposta.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. **Ratio Juris**. Vol. 16, n. 2, junho de 2003.

__________ Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. **Ratio Juris**. Vol. 16, n. 2, junho de 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130/DF**, Relator Ministro Carlos Britto, p. 1-334, D. J. 6.11.2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411. Acesso em: 20/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EARESP 200400640659**, Relator Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, p. 1-9, D. Je. 19/04/2010, p. 1. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400640659&dt_publicacao=19/04/2010. Acesso em: 21/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 23.369** – SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Recorrente: Dario Eliseo Casas, Impetrado: Juiz de Direito Relator da Apelação NR 491/95 do Colégio Recursal Criminal de São Paulo – SP. p. 1-8, D. Je. 30/08/2010, p. 1. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOURA%22%29.min.&processo=200602838796&b=ACOR. Acesso em: 21/10/2011.

BRASIL. Justiça Federal Seção Judiciária do Distrito Federal. **Ação nº 41191-93.2010.4.01.3400**, 13ª Vara Federal.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. VI.

MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. **Observatorio da Jurisdicao Constitucional**, Ano 4, 2010/2011, Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/427/275, Acessado em: 23/05/2012.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das**

condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUSTEIN, Cass R. **One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court.** Cambridge: Harvard University, 1999.

ADEQUAÇÃO CRITERIOLOLÓGICA DO DISCURSO DO ÓDIO CONTRA MINORIAS SEXUAIS AOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E MEDIDAS SÓCIO-JURÍDICAS

Guilherme Barbosa Braga33
10.11117/9788565604093.03

“Não se é mais digno ou menos digno pelo fato de ter nascido homem ou mulher. Assim como ninguém o é por sua orientação sexual”. (Marta Suplicy)

Resumo: O presente artigo examina a garantia constitucional à liberdade de expressão e sua manifestação por meio de discursos do ódio, determinando critério objetivo para as limitações ao exercício de tal direito contraposto à dignidade da pessoa humana. Definido tal juízo, aprecia a natureza das diversas orientações sexuais e a possível adequação das exposições inferiorizantes contra esta minoria às restrições da expressão odiosa. Em último momento, contextualiza o cenário hodierno da discriminação sexual e algumas possíveis atuações públicas para plenificação do direito fundamental à livre orientação sexual.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, discurso do ódio, preconceito, discriminação, racismo, juízo de ponderação, minorias sexuais, sexualidade.

Abstract: This article examines the constitutional guarantee of freedom of speech and your manifestation through hate speeches, fixing an objective criterion to limit on the exercise of such right in opposition to human dignity. Defined this conception, appreciates the nature of several sexual

[33] Graduando no Instituto brasiliense de Direito Público - IDP.

orientations and a possible suitability of the inferiority of sexual minorities to restrictions of hateful expression. Lastly, contextualizes the modern presentation of the sexual discrimination and some public actions for performance of fundamental right to freedom of sexual orientation.

Keywords: Freedom of speech, hate speech, prejudgement, discrimination, racism, balancing method, sexual minorities, sexuality.

INTRODUÇÃO

A dissertação a seguir propõe o exame crítico da liberdade de expressão ao ser exteriorizada na forma de discurso dó ódio, analisando as garantias constitucionais à livre exteriorização de pensamentos e o critério limitador de tal direito ao contrapor-se à norma fundamental de igual proteção constitucional, a dignidade da pessoa humana.

Introduzido tais estudos, verificar-se-á a adequabilidade da expressão odiosa contrária a determinadas orientações sexuais às restrições da liberdade de manifestação; apreciando a origem do comportamento sexual, conforme a visão psicanalítica, e suas decorrências na personalidade afetiva de um indivíduo.

Contemplados, passar-se-á à apresentação do panorama discriminatório atual do Brasil e à discussão de medidas sócio-jurídicas para efetivação do direito fundamental à livre orientação sexual, propositando a reversão da cultura preconceituosa arraigada na sociedade brasileira

Tal análise é de imperiosa relevância ao contexto político-social; visto que, é constante o discurso desfavorável a minorias sexuais, polêmicas sobre os direitos destes grupos, manchetes sobre ofensas físicas e psicológicas, mobilizações sociais contra e a favor de tais indivíduos estigmatizados.

Portanto, inserido em uma sociedade que clama por debates intelectuais sobre seus aspectos mais controversos, cabe questionar: qual o critério para restringir a liberdade de expressão em sua forma odiosa? As minorias sexuais estão amparadas por esta restrição ou é irrestrita a

exteriorização do desprezo quanto a orientações sexuais? O que deve ser feito para efetivação do direito fundamental prevalecente deste conflito entre liberdade e dignidade?

2. Desenvolvimento

2.1. Liberdade de expressão

"A liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos".[34]

A concepção de liberdade antiga estava ligada à ideia de liberdade do cidadão, referindo-se a sua necessidade de participação na sociedade.[35] Em momento seguinte, a liberdade compreendeu a proteção do indivíduo quanto a impedimentos no exercício de seus direitos.[36] O Estado tem sua atuação limitada, não se admitindo a interferência ou formação de impedimentos para com as condutas e atividades dos indivíduos, salvo algumas exceções.[37]

A liberdade de expressão é gênero que engloba a independência de pensamentos, ideias, convicções opiniões, sensações e sentimentos exteriorizados de forma intelectual, artística, científica e de comunicação.[38] Portanto, as demais liberdades garantidas - liberdade religiosa, de consciência, de ensino - são espécies de manifestação da liberdade de expressão.

A atual Constituição Federal brasileira prevê a liberdade de expressão como direito fundamental em seu artigo 5º, IV, o qual dispõe: "É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". A Carta Magna assegurou ampla proteção à liberdade, reconhecendo-a, também, no inciso

---

[34] BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 359.
[35] BOBBIO, Noberto. **Igualdade e liberdade**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 62.
[36] GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 32.
[37] MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.
[38] GUEVONTIAN, Richard. **Direitos humanos fundamentais**. *In*: Encontro de Direito Constitucional, 2004, XIII, *Anais*... São Paulo: Instituto Pimenta Bueno, 2004, p. 112.

IX do artigo mencionado, no seguinte texto: "É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"; Em seu artigo 206, II, o Texto Constitucional resguarda a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. No artigo 220, assegura que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observando-se os demais dispositivos constitucionais. Assim, contempla as mais variadas formas de manifestar-se, acrescentando em seu §2º que "é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística". Percebe-se que a liberdade constitui o núcleo essencial da Lei Maior.[39] Nas palavras do Ministro Carlos Ayres Britto, "A liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade".[40]

O Estado liberal tem a proteção da liberdade de expressão como pilar de seu regime democrático; porém, isenta de constrangimentos, pode representar a queda deste por abusos em seu exercício.[41] Em decorrência do caráter interdependente inato à vivência em sociedade; diversas são as vezes que as manifestações de liberdades individuais afetam terceiros, amparados pela mesma Norma Fundamental. A garantia da liberdade de expressão pressupõe um sistema estruturado e organizado, em harmonia com os demais valores protegidos pelo ordenamento.[42] Os direitos fundamentais não são absolutos; logo, a liberdade de expressão é passível de limitações, as quais previstas na Constituição ou decorrentes de ponderação jurisprudencial em confrontos entre princípios e regras de mesmo padrão normativo.

A Lei *Mater* institui a vedação ao anonimato (art. 5º, IV) - permitindo a identificação de responsável por possível dano a terceiro; e estabelece a

---

[39] MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit., p. 29.
[40] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: *Habeas Corpus* 82.424/RS**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2004, p. 77.
[41] MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit*., p. 83.
[42] MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit*., p. 82.

proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X). A imagem refere-se aos atributos externos de uma pessoa; a honra vincula-se à dignidade da pessoa, sua reputação; a intimidade atinge as relações de caráter íntimo - família, amigos; e a vida privada corresponde aos relacionamentos comerciais e profissionais.

Portanto, não estão asseguradas todas as formas de expressão. Da generalidade da previsão, remanesce a dificultosa tarefa de indicar quais formas concretas de manifestar-se são constitucionalmente proibidas, tanto ao Estado quanto aos particulares.

2.2. Discurso do ódio

Incluído na nebulosa restrição da liberdade de expressão encontra-se o discurso do ódio. Definido como palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.[43]

A incitação ao ódio representa o desprezo a determinados grupos, predisposto a diminuir a dignidade das pessoas - apelando, inclusive para os sentimentos e auto-estima; porém, não se confundindo com o insulto individual, ou seja, com a difamação de um determinado indivíduo em particular. É um insulto a um grupo ou classe.

O discurso do ódio é instrumento de expressão de preconceito, discriminação e racismo, sendo imprescindível a análise individual de cada um destes.

Preconceito é uma pré-compreensão equivocada adotada como verdadeira. Peter Häberle o define como conjunto de valores e crenças resultantes do histórico social, cultural e educacional, dos quais os indivíduos

---

[43] BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio?**: Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Revista de direito Público 15/117. Trad. Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, jan.-mar., 2007, p. 118.

não conseguem se desvincular.[44] Fruto da ignorância, da falta de informação e educação, do medo e da desconfiança em relação ao desconhecido.[45]Caracteriza-se por opiniões, muitas vezes, desfavoráveis e pejorativas a um determinado grupo, por acreditar que este não possui as mesmas qualidades ou aptidões que eles.[46] Esses pressupostos nascem de idéias generalizadas que acabam por serem transformadas em estereótipos.[47]

Discriminação é decorrência direta do preconceito, é negação de direito legítimo por parcela da sociedade motivada pelas características apresentados por determinado grupo. É a exteriorização da repulsa em ação concreta, violando a dignidade dos ofendidos, entendidos que estes não são merecedores de iguais condições. É a afirmação da superioridade de uma classe sobre outra.

Racismo é todo comportamento e ideologia hostil para com grupos humanos em razão de seus atributos ou identidades comuns.[48] Tem como componente o preconceito à medida que se funda nas características inalteráveis presentes em determinados grupos sociais, prescrevendo tratamento diferenciado em relação a outro, hierarquizando-os (superior, inferior) e legitimando segregação racial.[49] Noberto Bobbio adverte que o racismo é a terceira fase da discriminação, perigosa e decisiva para o processo, visto que em razão da superioridade de uma, esta deve dominar a segunda ou, inclusive, somente ela pode viver.[50] Todavia, com a descoberta

---

[44] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 13.
[45] BLÁZQUEZ-RUIZ, Francisco Javier. **Introducción: genealogia, dinámica y propuestas éticas frente al racismo y xenofobia**. *In* BLÁZQUEZ-RUIZ, Francisco Javier (org). **10 palabras clave sobre racismo y xenofobia**. Estella: Verbo Divino, 1996, p. 31.
[46] PÁEZ, Dário; GONZÁLEZ, José Luis. **Prejuicio:** concepto y nociones diversas. *In* BLÁZQUEZ-RUIZ, Francisco Javier (org). **10 palabras clave sobre racismo y xenofobia**. Estella: Verbo Divino, 1996, p. 320.
[47] BOBBIO, Noberto. **Elogio à serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Unesp, 2002, p. 106.
[48] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Op. cit.*, p. 81.
[49] PÁEZ, Dário; GONZÁLEZ, José Luis. *Op. cit.*, p. 327.
[50] BOBBIO, Noberto. *Op. cit.,* p. 109.

do genoma humano - comprovador da inexistência genética de raças - o racismo passou a abranger qualquer forma de perseguição a um grupo por suas características imutáveis.[51]

Percebe-se que é inquestionável a afronta do discurso do ódio a toda previsão normativa pátria. Sangra a Lei Fundamental logo no art. 1º, III, o qual dispõe como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Em seu art. 3º que determina a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Também seu art. 4º, II, o qual estabelece como princípio das relações internacionais a prevalência dos direitos humanos e inciso III, que repudia o terrorismo e o racismo. Igualmente, fere o art. 5º, XLI, que determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direito fundamentais, e o inciso XLII, o qual prevê a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

Do apreciado, é inegável que a liberdade de expressão não legitima a discriminação racial e a incitação à violência. Perante conflito entre direitos, é determinante a realização de juízo de ponderação para verificar a consonância dos dispositivos constitucionalmente assegurados, de forma que a prevalência de um não exclua o outro. No caso, o equilíbrio de valores dá-se pela definição do critério objetivo para classificação de determinados discursos como ofensivos à dignidade da pessoa humana; pois apenas esses estão repudiados pelo ordenamento.

O referido critério dormita na imutabilidade das características, na impossibilidade de mudança destas. As exposições ofensoras motivadas por atribuições inalteráveis não são pacíficas de argumentação ou defesa, visto que é comprovado que todos os seres humanos são biologicamente iguais - configura-se como infundada incitação odiosa, por ser impossível o debate de fatos contrários à natureza humana imutável. Em favor das expressões; assegura-se a livre manifestação de ideias fundamentais ao debate opositor

---

[51] MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.*, p. 115.

a posicionamentos facultativos, à ideologias assumidas por determinados grupos, as quais sujeitas à argumentação opinativa e abertas a alterações de entendimentos - o enfoque é o convencimento de determinados sistemas de ideias - como é o caso das discussões políticas, religiosas, sociais.

Adéqua-se, destarte, à ponderação de princípios - não renunciando a nenhum dos valores conflitantes. A dignidade é atendida em sua maior ofensa, a relativa a atributos não disponíveis. Quanto à liberdade de expressão é protegido o "mínimo de liberdade" observado por Hans Kelsen ao defender que "A ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas. Fica sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade (...), uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição".[52]

Contextualizada as conjecturas do discurso do ódio, cabe analisar o cerne deste artigo: a proibição ou não de expressões ofensivas relacionadas a minorias sexuais conforme o critério de imutabilidade estabelecido pela ponderação.

2.3. Homossexualidade

A sexualidade ganhou dimensão científica mais ampla posterior à revelação freudiana da existência do inconsciente.[53] Discute-se a origem da orientação sexual, suas decorrências polêmicas quanto à aceitação social e, principalmente, à esfera de proteção jurídica.

A princípio, deve-se diferenciar a sexualidade das definições de gênero e sexo. Sexo é a determinação de masculino e feminino, quanto aos aspectos físico, naturais, biológicos - as diferenças anatômicas básicas, internas e externas ao corpo.[54] O gênero é concebido como o significado

---

[52] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª Ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 72.
[53] SILVA JR., Enézio de Deus. **A homossexualidade:** caracterização, panorama histórico, evolução terminológica e direito fundamental. *In* VIERA, Tereza Rodrigues (org). **Minorias sexuais**: Direitos e Preconceitos. Brasília: Consulex, 2012, p. 121.
[54] Sexo, no senso comum, se remete ao ato sexual em si. Tal concepção não será adequada ao presente trabalho.

histórico-social associado às classificações comportamentais de homens e mulheres (preferências no lazer, expressões emocionais, assuntos de interesses), "fundamentadas nas diferenças biológicas de sexo, mas não se limitando a esta esfera e podendo sofrer transformações".[55]

"É no ambiente social que os sujeitos se fazem homem e mulher num processo continuado e dinâmico, dado no nascimento e a partir daí selado para sempre, mas como processo de vida inteira no contexto das práticas sociais".[56] Há múltiplas maneiras de os sujeitos exercerem sua masculinidade ou feminilidade, p.e., travestis, transexuais, *drag queens*.[57]

A sexualidade é fator complexo do comportamento de desejo humano. É manifestação do desejo, do afeto, de sentimentos entre indivíduos. A psicanálise auxilia na compreensão do fenômeno de desenvolvimento sexual[58], evidenciando que este inicia na infância - momento em que se apresenta como autoerótico - e que, ao atingir a puberdade, são introduzidas as mudanças que alcançam a configuração definitiva da vida sexual, encontrando nesta fase a separação nítida entre caracteres masculinos e femininos.[59]

Compreende-se deste fato que "a educação terá papel primordial no processo de sublimação"[60]; a aprendizagem está vinculada à libido, que por sua vez, está entrelaçada ao desejo e ao saber desejante originado nas

---

[55] SILVA JR., Jonas Alves da. **Uma explosão de cores**: sexo, sexualidade, gênero e diversidade. *In* VIERA, Tereza Rodrigues (org). **Minorias sexuais**: Direitos e Preconceitos. Brasília: Consulex, 2012, p. 21.

[56] XAVIER FILHA, Constantina. **Educação sexual na escola**: o dito e o não dito na relação cotidiana. Campo Grande: UFMS, 2000, p.p. 28/29.

[57] SILVA JR., Jonas Alves da. *Op. cit.,* p. 24.

[58] Observa-se que a adoção da teoria psicanalítica não é pacífica no ambiente científico. Há divergências quanto à origem da expressão sexual, defende-se uma possível procedência genética e uma futura compreensão dos estímulos sexuais. De fato, ainda longínqua no presente, não há comprovações de tais propostas. A teoria da origem psicossocial é, portanto, a mais avançada em tal meio - inclusive amplamente legitimada pelos movimentos sexuais. Apesar da divergência, não cabe retrocesso à ideologia da livre escolha sexual, esta já refutada no círculo científico-acadêmico.

[59] FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p.p. 85 e 97.

[60] KUPFER, M. C. M. **Freud e a educação**: Mestre do impossível. São Paulo: Scipione, 2001, p. 44.

primeiras curiosidades infantis.[61] Está relacionada com o amadurecimento dos prazeres sexuais do indivíduo, condicionado à cultura, relacionamentos familiares, mídia; as quais, tatuadas no inconsciente, definem a identidade sexual de cada um.

Distinções feitas; é possível examinar as diversas mostras de vivência e relacionamento entre o sexo, o gênero e a sexualidade em uma pessoa. A saber, são a heterossexualidade; a homossexualidade; a transexualidade e o travesti; a bissexualidade; a intersexualidade e a assexualidade.

Heterossexual é aquele que sente atração erótico-afetiva por pessoa do sexo diverso. É a expressão física-comportamental natural da sexualidade, o padrão da espécie humana. A harmonia entre sexo, gênero e sexualidade.

A homossexualidade representa o desencontro da sexualidade com o sexo e o gênero. Os homossexuais sentem atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo sexo; porém, apresenta o gênero esperado de acordo com seu sexo.

A transexualidade é o a dissociação total entre os elementos citados. O transexual deseja indivíduo de sexo idêntico; mas não apresenta o gênero esperado pelo seu sexo. Isto devido ao fato de sua característica física contradizer seu sexo psicológico - ele tem a intima certeza de ter nascido no corpo errado, inclusive sente ojeriza por seu órgão sexual. Os travestis apresentam semelhante divergência entre elementos, todavia, o fato da incompatibilidade entre corpo e sexo psicológico não é fato de repulsa, havendo convivência entre estes.

Os bissexuais sentem atração erótico-afetiva por ambos os sexos. Já os Assexuados não presenciam desejo em relação a nenhum dos dois sexos. Já o intersexual é portador de um distúrbio biológico, este apresenta mistura de característica, femininas e masculinas. É comum a realização de cirurgia pós-nascimento para a configuração de alguma das duas configurações,

[61] SILVA JR., Jonas Alves da. *Op. cit.,* p. 15.

escolhida pelos pais. Ocorre que, futuramente, o indivíduo pode apresentar prevalência natural do sexo oposto ao definido; restando condição semelhante a dos transexuais.

Cabe agora destacar que a atração sexual-afetiva é consequência de um processo de crescimento e fixada como instinto íntimo do indivíduo, de modo que este é incapaz de desejar pessoa em condições diversa ao qual é sensibilizado. Do mesmo modo que um heterossexual não vive atração erótico-afetiva pelo mesmo sexo, orientações sexuais diversas não escolhem seduzir-se de maneira diferente aos seus instintos. Desta forma, os relacionamentos entre gênero, sexo e sexualidade supracitados não são disponíveis aos indivíduos.

É inalterável a condição de desejo solidificado no inconsciente humano. Cita-se que os psicólogos antigos teorizavam e utilizavam métodos desumanos para reversão da homossexualidade, a pregação da cura desta qualidade. Um destes foi a “terapia de aversão”, tratamento baseado na “administração de estímulos aversivos para inibir uma resposta por meio da diminuição de força pela psicoterapia por dessensibilização”[62]. Conforme Spencer:

> Primeiro, administravam ao paciente um café ou chá com emético; 10 minutos mais tarde uma injeção subcutânea com uma mistura de emetiza, apomorfina, pilocarpina e efedrina. Em seguida mostravam-lhe slides e filmes com homens nus e pediam que visualizassem esses homens como parceiros sexuais. Uns cinco minutos depois, o paciente começava a se sentir mal e a vomitar. A sessão se repetua mais ou menos umas seis vezes. Depois disso, o paciente assistia a vídeos de mulheres que despertariam o apetite sexual de homens ‘normais’. Os filmes eram mostrados estrategicamente à noite, antes de dormir, quando o paciente recebia uma injeção de testosterona. Dos ‘dez’ curados, vários reincidiram em poucos meses. Ainda assim, os médicos esperavam prosseguir com esse tipo de tratamento, aplicando métodos ainda mais efetivos que os descritos.[63]

---

[62] GIMENES, Amanda Pegorini; VIEIRA, Tereza Rodrigue. **Homoafetividade**: de Sodoma ao STF. *In* VIERA, Tereza Rodrigues (org). **Minorias sexuais**: Direitos e Preconceitos. Brasília: Consulex, 2012, p. 153.
[63] SPENCER, C. **Homossexualidade**: Uma história. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. 35.

Percebe-se que o desejo por pessoas do mesmo sexo não se extinguiu. Muitos afirmavam a cura apenas para cessar os tratamentos. O relato de um homossexual que se submeteu à terapia de aversão explicita que apesar dele não mais conseguiu relacionar-se com um homem, porém não deixou de sentir-se atraído. Isto ocorre, porque nenhum tratamento é capaz de alterar a orientação sexual de alguém.

As variantes na orientação sexual não são doenças passíveis de cura, apenas consubstanciam-se na anormalidade do comportamento esperado em decorrência do sexo que se apresenta - do mesmo modo que daltônicos, superdotados, pessoas com má formação de membros são anormais, porém saudáveis, assim o são os inferiorizados sexuais. Nesse sentido posiciona-se Freud, ao responder à carta da mãe de um homossexual, ele aprecia que:

> A homossexualidade não é, evidentemente, uma vantagem, mas não há nela nada do qual se possa ter vergonha. Não é nem vício, nem um aviltamento, nem se pode qualificá-la como doença. Nós a consideramos uma variação da função sexual, provocada por uma parada de desenvolvimento sexual. Entendi pela sua carta que seu filho é homossexual. Estou muito impressionado pelo fato de a senhora não mencionar este termo nas informações sobre ele. Muitos indivíduos profundamente respeitáveis, nos tempos antigos e modernos, foram homossexuais e, dentre eles, encontram-se grandes nomes (Platão, Michelangelo, Leonardo da Vinci etc.). É uma grande injustiça perseguir a homossexualidade como um crime, além de ser uma crueldade[64]

As minorias sexuais soluçam por seu histórico tétrico. Estigmatizadas e discriminadas desde primórdios, as variações nas orientações sexuais eram concebidas como doença, a princípio, de desvio sexual - tendo em suas denominações o sufixo “ismo”, referente a enfermidades - e em período póstumo, como distúrbio mental e emocional. Contemporaneamente, são constantes as agressões físicas e emocionais a estes. Conforme descreve os fatos, é notória a irracionalidade de ainda se sustentar a faculdade na escolha de manifestação sexual, indiscutível que ninguém optaria pela discriminação e sofrimento.

---

[64] GREONINGA, Gisele Câmara. **Diferenças (empatia) x Desigualdades (preconceito)**. In *Boletim* do IBDFAM. Belo Horizonte: Síntese, n. 37, 2006, mar.-abr., p. 5.

Desta forma, assim como um heterossexual não escolhe consciente sua sexualidade, o mesmo ocorre com as variantes da expressão sexual, ela puramente frutifica como consequência de um processo psicossocial. A terminologia “opção sexual” não expressa a natureza comportamental da sexualidade, serve apenas para fomentar, ainda mais, o preconceito daqueles que não buscam entender o fenômeno erótico-afetivo presente na complexa relação humana.

Analisada a origem das externações sexuais, consuma-se pela imutabilidade destas. Tal característica, como já verificado, é basilar para definição do âmbito de restrição da liberdade de expressão pela conformação na proibição do discurso do ódio fundado em atributos impossíveis de serem modificados, ou que, se possível, será somente por processo tortuoso e traumático - qualificando tal posicionamento como patente externação de racismo.

Demarca-se desta apreciação que o discurso do ódio contra minorias sexuais está abarcado pelas restrições da liberdade de expressão. O ordenamento pátrio não autoriza a exposição de ideais odiosas quanto a estes grupos estigmatizados. Os direitos fundamentais tutelam “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”.[65] Dentre eles o direito à livre manifestação da sexualidade, a qual independe de escolha consciente. “A sexualidade consubstancia uma dimensão fundamental da constituição da subjetividade; alicerce indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento de personalidade”[66], amparando-se pelos princípios da igualdade e da dignidade.

Repudiado pelos valores hodiernos; discute-se a seguir o panorama apresentados social e juridicamente quanto a este grupo vulnerável;

---

[65] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 182.
[66] RIOS, Roger Raup. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 91.

considerando, a partir do discorrido, as devidas ações necessárias ao pleno respeito dos ditames constitucionais.

2.4. Contexto atual e medidas imperativas

O Brasil ainda mantém as raízes culturais preconceituosas e discriminatórias presenciadas desde o período colonial. No período da inquisição, incontáveis brasileiros foram denunciados à Inquisição inclupados no “mau pecado”. A homofobia era institucionalizada, admitida por leis civis e religiosas, em face da criminalização da homossexualidade.[67] Malgrado os avanços sociais na compreensão da orientação sexual, permanece onipresente a aversão à minorias sexuais.

Diversas pesquisas realizadas nas escolas brasileiras evidenciam elevado nível homofóbico no ambiente escolar na última década: o Projeto de estudo sobre ações discriminatórias no âmbito escolar realizado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, o Ministério da Educação e o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, em 2009, demonstrou que 40% dos estudantes masculinos afirmaram que não gostariam de ter um colega de classe homossexual.[68] No mesmo sentido, a pesquisa Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: intolerância e respeito às diferenças sexuais, realizada em parceria pela Fundação Perseu Abramo e a alemã Rosa Luxemburg Stiftung, em 2008, resultou nas seguintes informações quanto ao sentimento das pessoas ao encontrar com um: 24% dos entrevistados não gostam de encontrar com transexuais - destes, 10% sentem ódio e 14% antipatia; 22% não gostam de travestis (9% os odeiam e 13% sentem antipatia); 20% quanto às lésbicas (8% e 12% respectivamente) e 19% em relação aos gays e bissexuais (abos 8% e 12%).

---

[67] MOTT, Luiz. **Raízes persistentes da homofobia no Brasil**. *In* Tereza Rodrigues (org). **Minorias sexuais**: Direitos e Preconceitos. Brasília: Consulex, 2012, p. 165.
[68] MAZZON, J. A. (coord). *et. al.* **Principais resultados**: Projeto de estudo sobre ações discriminatórias no âmbito escolar, organizadas de acordo com áreas temáticas, a saber, étnico-racial, gênero, geracional, territorial, necessidades especiais, socioeconômicas e orientação sexual. São Paulo: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, Ministério da Educação, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 2009.

Os dados revelam que a tradição brasileira ainda, em grande parte, despreza as manifestações sexuais contrárias ao padrão heteronormativo estabelecido pela sociedade. Decorre dessa cultura repulsiva a grande quantidade de agressões físicas a estas minorias. A saber; em menos de cinquenta anos (1963-2012), já somam 3510 homicídios de LGBTTQs[69] motivados pelo puro ódio quanto a tais - destacando-se que destes 260 assassinatos ocorreram em 2012 e 172 em 2011.[70]

A falta de repressão governamental expressa quanto à abominação da discriminação sexual resulta na impunidade e destemor daqueles que fulminam o discurso odioso contra as minorias sexuais. O Poder Público deve reagir de forma ativa para inverter o paradigma coator das diversidades sexuais.

Delineado os contornos dos direitos fundamentais em contraposição e estabelecido a intensidade de proteção e os limites constitucionais destes, resta ao ordenamento jurídico a edição de lei específica sobre o tema.

No presente momento, tem-se em trâmite no Senado Federal o Projeto de Lei 122/2006 - iniciado na Câmara dos Deputas por proposição da ex-Deputada Iara Bernardi - o qual prevê a criminalização da discriminação e preconceito fundado em motivos de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, alterando neste aspecto o art. 1º e 20 da lei 7.716/1989 (lei dos crimes de preconceito e descriminação) e o §3º do art. 140 do Código Penal (agravante do crime de injúria).

É imprescindível a sensibilidade do Poder Legislativo para aprovar tal Projeto. Como extensamente argumentado, a contraposição odiosa às minorias sexuais não são legitimadas pela liberdade de expressão, ofendendo as entranhas da Constituição Federal tal manifestação de pensamento desfalece o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, fundamento da República e interesse comum dos Estados sociais de direito.

---

[69] Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e *Queers*.
[70] MOTT, Luiz. *Op. cit.*, p. 171.

A legislação negativa à tal forma de expressão preconceituosa é fundamental por refletir os valores amparados pelo Estado. Todavia, não se muda uma cultura amplamente difundida e solidificada em uma sociedade apenas pelas edições normativas. Assim como todas as atividades que o Estado pretende erradicar, a modificação de pensamento repulsivo às orientações sexuais diversas só será efetivada pela educação contemplativa da sexualidade, devendo o Governo difundir o conhecimento da naturalidade e cientificidade de tais comportamentos, socorrendo os ignorantes de estigma infundado do menosprezo pelo desconhecido.

CONCLUSÃO

Em arremate, a liberdade de expressão é valor amplamente resguardado pelo Texto Constitucional, sendo sustentáculo do regime democrático; porém, não detém caráter absoluto, sendo passível de ponderação quando em contraposição com norma fundamental de igual patamar. Como forma de externação da liberdade de expressão, tem-se o discurso de ódio, caracterizando-se como incitação ao desprezo a determinados grupos. Deste, é necessário que se harmonize com a dignidade da pessoa humana, sendo limitado por critério objetivo, o qual a imutabilidade da qualidade agredida pela manifestação odiosa.

Em constatação da natureza imutável ou de difícil modificação (se possível, somente por processo tortuoso e traumático), qualifica-se como vedado o discurso do ódio relativo a orientações sexuais, por atentar contra o núcleo fundamental da República, tal qual a dignidade da pessoa humana, ofendendo o critério objetivo da imutabilidade, consubstancia-se em crime de racismo.

Contatando-se a cultura discriminante e preconceituosa da sociedade brasileira, é dever do Estado assegurar a efetividade do direito fundamental à livre orientação sexual. Isto por meio de prescrições legais - em clamor o Projeto de Lei 122/2006, que tramita no Senado Federal, criminalizando as posturas discriminantes por motivos de expressão da sexualidade - e da

educação, retirando a população do desconhecimento sobre a complexidade e naturalidade do comportamento efetivo diverso do dogma heterossexual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLÁZQUEZ-RUIZ, Francisco Javier. **Introducción: genealogia, dinámica y propuestas éticas frente al racismo y xenofobia**. *In* BLÁZQUEZ-RUIZ, Francisco Javier (org). **10 palabras clave sobre racismo y xenofobia**. Estella: Verbo Divino, 1996.

BOBBIO, Noberto. **Elogio à serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Unesp, 2002.

______. **Igualdade e liberdade**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: *Habeas Corpus* 82.424/RS**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2004.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio?**: Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Revista de direito Público 15/117. Trad. Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, jan.-mar., 2007.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

GIMENES, Amanda Pegorini; VIEIRA, Tereza Rodrigue. **Homoafetividade**: de Sodoma ao STF. *In* VIERA, Tereza Rodrigues (org). **Minorias sexuais**: Direitos e Preconceitos. Brasília: Consulex, 2012.

GREONINGA, Gisele Câmara. **Diferenças (empatia) x Desigualdades (preconceito)**. In *Boletim* do IBDFAM. Belo Horizonte: Síntese, n. 37, 2006, mar.-abr.

GUEVONTIAN, Richard. **Direitos humanos fundamentais**. *In*: Encontro de Direito Constitucional, 2004, XIII, *Anais*... São Paulo: Instituto Pimenta Bueno, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e

procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª Ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

KUPFER, M. C. M. **Freud e a educação**: Mestre do impossível. São Paulo: Scipione, 2001.

MAZZON, J. A. (coord). *et. al.* **Principais resultados**: Projeto de estudo sobre ações discriminatórias no âmbito escolar, organizadas de acordo com áreas temáticas, a saber, étnico-racial, gênero, geracional, territorial, necessidades especiais, socioeconômicas e orientação sexual. São Paulo: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, Ministério da Educação, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MOTT, Luiz. **Raízes persistentes da homofobia no Brasil**. *In* Tereza Rodrigues (org). **Minorias sexuais**: Direitos e Preconceitos. Brasília: Consulex, 2012.

PÁEZ, Dário; GONZÁLEZ, José Luis. **Prejuicio:** concepto y nociones diversas. *In* BLÁZQUEZ-RUIZ, Francisco Javier (org). **10 palabras clave sobre racismo y xenofobia**. Estella: Verbo Divino, 1996.

RIOS, Roger Raup. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA JR., Enézio de Deus. **A homossexualidade:** caracterização, panorama histórico, evolução terminológica e direito fundamental. *In* VIERA, Tereza Rodrigues (org). **Minorias sexuais**: Direitos e Preconceitos. Brasília: Consulex, 2012.

SILVA JR., Jonas Alves da. **Uma explosão de cores**: sexo, sexualidade, gênero e diversidade. *In* VIERA, Tereza Rodrigues (org). **Minorias sexuais**: Direitos e Preconceitos. Brasília: Consulex, 2012.

SPENCER, C. **Homossexualidade**: Uma história. Rio de Janeiro: Record, 1996.

XAVIER FILHA, Constantina. **Educação sexual na escola**: o dito e o não dito na relação cotidiana. Campo Grande: UFMS, 2000.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE REUNIÃO E A POSIÇÃO DE PRECEDÊNCIA

Janete Ricken Lopes de Barros[71]
Olavo Irineu de Araújo Neto[72]
10.11117/9788565604093.05

Resumo: O trabalho analisa o julgamento do STF no qual se debateu o direito fundamental de liberdade de expressão e de reunião, a fim de estabelecer se há ocupação de posição de precedência desses direitos na ordem constitucional. Busca-se estabelecer se há essa posição pelas funções exercidas pelos direitos fundamentais diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Verifica-se que o sopesamento entre direitos fundamentais é realizado no caso concreto por meio do juízo de ponderação. Ao final, afirma-se que é possível no exercício das liberdades verificar um maior peso em abstrato de alguns direitos fundamentais, a exemplo da liberdade de expressão e de reunião, como alicerces da ordem constitucional e da democracia.
Palavras-chave: direitos fundamentais, funções, liberdade de expressão, liberdade de reunião, interpretação conforme, posição de precedência e juízo de ponderação.

Abstract: This article analyzes the judgment of the Brazilian Supreme Court whereupon discusses the fundamental right of freedom of expression and reunion, with the purpose to establish whether there is occupying a precedence position in those constitutional rights. The aim is establish whether this position for their duties fundamental rights directly linked to the principle of human dignity. It appears that the fundamental between balances is performed in this case by means of trial weighting. In the end, it is stated

---

[71] Analista Judiciário e Diretora de Secretaria do TJDFT. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Processo Civil.
[72] Servidor Público Federal. Estudante de Direito do Uniceub. Integrante dos grupos de pesquisa DDFC e JCDF do Instituto Brasiliense de Direito Público.

that it is possible to check the exercise of freedoms greater weight in the abstract of certain fundamental rights, such as freedom of expression and reunion, as foundations of the constitutional order and democracy.

Keywords: fundamental rights, functions, freedom of expression, freedom of reunion, according interpretation, precedence position and weighing judgment.

Introdução

A liberdade de reunião tem assento constitucional no artigo 5ª, XVI, que estabelece que todos podem se reunir pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

A exigência de prévio aviso à autoridade não se trata de restrição, mas sim de ordem para que os organismos policiais adotem medidas de proteção aos participantes da reunião, para que outras pessoas que se oponham às ideias que naquela ocasião serão debatidas não venham a inviabilizar a reunião.

A liberdade de expressão ocupa espaço tanto na dimensão negativa quanto na dimensão positiva dos direitos fundamentais. Na dimensão negativa encontra amparo na necessidade de salvaguarda da autonomia individual livre de interferência estatal, enquanto na positiva se apresenta como elemento de manutenção do regime democrático. Dessa forma, a liberdade de expressão é aclamada como um dos direitos mais relevantes da modernidade[73].

---

[73] SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico, *In:* **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 218.

Virgilio Afonso da Silva trata das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais para abordar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

> A definição de um conteúdo essencial para os direitos fundamentais pode ser abordada, inicialmente, a partir de dois enfoques: o objetivo e o subjetivo. No primeiro caso trata-se de uma análise acerca do direito fundamental como um todo, a partir de sua dimensão como direito objetivo; no segundo o que o importa é investigar se há um direito subjetivo dos indivíduos a uma proteção ao conteúdo essencial de seus direitos fundamentais.[74]

Para tratar dos direitos de expressão e de reunião será analisada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187[75] ajuizada pela Procuradora-Geral da República, em exercício, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, na qual se requer seja dado ao art. 287 do Código Penal interpretação conforme a Constituição, a fim de "excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos" (ADPF 187/DF, p. 14).

O problema a ser enfrentado é saber se há direitos fundamentais que recebem uma proteção *prima facie* frente a outros direitos, diante do reconhecimento de um peso em abstrato alto, que impõe um dever positivo do Estado, a partir da premissa que todos os direitos são restringíveis e em situação de conflito serão submetidos ao juízo de ponderação.

Para Alexy, existem diversas categorias teóricas quanto aos direitos fundamentais: os direitos fundamentais garantidos sem reserva, os direitos fundamentais com reserva simples e os direitos fundamentais com reserva qualificada. Mas "quando surgem dúvidas, um sopesamento é inafastável"[76],

---

[74] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185.
[75] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 187/DF**. Relator Min. Celso de Mello. Brasília. O acórdão não foi publicado até a divulgação do presente artigo.
[76] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, p.128.

isso quer dizer que mesmo sendo alguns direitos fundamentais a primeira vista superiores a outros sempre deve imperar a regra do sopesamento de princípios no caso concreto, nisso percebe-se a questão pragmática dos direitos fundamentais na teoria Alexyana, atrelada à questão do debate entre o peso em abstrato e o peso em concreto dos direitos fundamentais. Esse peso teria um caráter axiológico, a exemplo da dignidade da pessoa humana que na análise do caso concreto pode ter um peso menor em face do bem da coletividade ou do interesse público. Com relação à precedência, Alexy[77] assevera:

> Mas, por razões óbvias, essa discussão sobre validade é menos frequente que a discussão sobre os pesos abstratos e concretos dos princípios. As discussões sobre os acerca da máxima in *dubio pro libertate*, por exemplo, dizem respeito a pesos abstratos, já que a máxima expressa à precedência básica dos princípios que se referem à liberdade jurídica individual. Já o debate sobre a solução correta para casos individuais de direitos fundamentais diz respeito sobretudo a sopesamentos ou precedências concretas.

E é no exercício desses direitos que a jurisdição constitucional é provocada para resolver os casos difíceis, consistente em colisão entre direitos fundamentais e dando o valor adequado a cada um dos direitos, razão pela qual se analisará a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF que trata dos direitos de expressão e de reunião.

As principais categorias teóricas que serão tratadas neste artigo são extraídas do pedido posto na ADPF 187/DF que são a adequação da ação designada por arguição de descumprimento de preceito fundamental e seu alcance, o direito fundamental de reunião e de liberdade de expressão, a interpretação conforme a Constituição, a posição preferencial de determinados direitos fundamentais e o juízo de ponderação.

2 A ADPF 187 DF

---

[77] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, p.136.

Colacionam-se inicialmente algumas características da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim entender a adequação da medida adotada pela Procuradora-Geral da República, a saber:

> Como típico instrumento do modelo concentrado de constitucionalidade, a ADPF tanto pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto da lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levam à impugnação de lei ou ato normativo.[78]

Essas funções são extraídas da própria lei que regulamentou o instituto da ADPF, nos termos do art. 1º:

> Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.
> Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:
> I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Assim, foi ajuizada a ADPF 187/DF, diante da clara relevância em ter do órgão que dá a última palavra em interpretação constitucional o entendimento acerca da legitimidade de manifestações públicas, quando se tem uma política adotada pelo legislador que envolve a proibição e a criminalização das drogas.

A demanda foi recebida pelo Supremo Tribunal Federal para processamento, ainda, diante da presença do requisito da subsidiariedade, quer seja, não há outro meio eficaz de sanar a lesividade alegada, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99.

---

[78] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1147.

Não é tarefa fácil indicar quais os preceitos fundamentais da Constituição que autorizem a utilização da ADPF. Entretanto, não há dúvidas que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional[79]. É o caso das liberdades de expressão e de reunião previstas no rol dos direitos e garantias individuais:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> ...
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
> ...
> XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

Nos argumentos destacados pela Procuradora-Geral da República na exordial da ação em questão ficou atestado de que não está em discussão a política nacional de combate às drogas implantada pelo legislador brasileiro, mas sim o afastamento de interpretação do art. 287 do Código Penal, que venha a gerar restrições indevidas aos direitos fundamentais à liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, e 220 CF) e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CF).

Percebe-se da petição inicial como origem da preocupação as diversas decisões que têm sido tomadas invocando o preceito do art. 287 do Código Penal que prevê:

> **Apologia de crime ou criminoso**
> Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:
> Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

---

[79] MENDES, G; et al. *op. cit*, p. 1165.

A Procuradoria entende que as decisões que vêm proibindo atos públicos em favor da legalização das drogas empregam argumento equivocado de que a defesa desta ideia constituiria apologia de crime, e por essa razão evidencia-se a necessidade da interpretação conforme requerida na ADPF 187/DF.

Presentes, portanto, os requisitos processuais, o tema discutido pelo STF é tão-somente a constitucionalidade da realização de manifestações ou eventos públicos em que se faça a defesa explícita da descriminalização do uso de substâncias entorpecentes, como é o caso da assim denominada "Marcha da Maconha"[80].

Importante ressaltar que a decisão proferida em ação de descumprimento de preceito fundamental deve ter por parâmetros as técnicas de decisão do controle de constitucionalidade concentrado e terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/99.

O Ministro Celso de Mello assume no início do voto que o caso em debate na APDF[81] é um tema de magnitude inquestionável, porque concerne ao exercício de duas das mais importantes liberdades públicas – a liberdade

---

[80] A "marcha da maconha" é um movimento social e sua carta de princípios pode ser consultada em http://blog.marchadamaconha.org/carta-de-principios-da-marcha-da-maconha-brasil.
Nos itens 9 e 10 do relatório da ADPF 187/DF está registrada a preocupação com as decisões judiciais proibindo as manifestações do movimento da "Marcha da Maconha": 9. De acordo com a anexa Representação, a chamada 'Marcha da Maconha', em que manifestantes defenderiam a legalização da referida substância entorpecente, foi proibida por decisões do Poder Judiciário brasileiro, no ano de 2008, nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Belo Horizonte (MG), Brasília (DF), Cuiabá (MT), Salvador (BA), João Pessoa (PB) e Fortaleza (CE). Já no ano de 2009, o mesmo evento foi vedado por decisões judiciais nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Americana (SP), Juiz de Fora (MG), Goiânia (GO), Salvador (BA), Fortaleza (CE) e João Pessoa (PB). 10. As decisões, em geral, têm se assentado na equivocada premissa de que, como a comercialização e o uso da maconha são ilícitos penais, defender publicamente a sua legalização equivaleria a fazer apologia das drogas, estimulando o seu consumo. (...).
[81] *in* **ADPF 187/DF,** Voto Ministro Celso de Mello, p. 2.

de expressão e a liberdade de reunião. Passa-se, assim, a verificar a posição desses direitos na categoria direitos fundamentais[82].

3 Liberdade de reunião e de livre expressão do pensamento

Os direitos fundamentais são decorrentes de um princípio mais abrangente - o princípio da dignidade da pessoa humana - e integram o desenvolvimento da pessoa[83], conforme afirma Antonio Francisco de Souza[84],

---

[82] Importante esclarecer que não é o pano de fundo do presente trabalho o conceito de normas e a diferenciação entre regras e princípios, trata-se do termo direitos fundamentais na ótica semântica como gênero. Nesse viés, na ótica semântica, Ingo Sarlet, esclarece que o termo direitos fundamentais é o gênero, o qual engloba as demais variações utilizadas em todo o texto constitucional brasileiro, a saber: direitos do homem, direitos humanos, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, direitos humanos fundamentais, dentre tantos outros, a saber: "há que se levar em conta a sintonia desta opção (direitos fundamentais) com a terminologia (neste particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos "Direitos e Garantias Fundamentais", consignando-se aqui o fato de que este termo – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V)." (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28).

[83] Uma abordagem interdisciplinar para a preferência no ordenamento jurídico da liberdade de expressão, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se pautar na sociologia no estudo dos conceitos de pessoa e indivíduo, a saber o que está a se proteger. As noções de individuo e pessoa são fundamentais na análise sociológica para o sociólogo Roberto Damatta, no seguinte sentido: "parece frutífero estabelecer a distinção entre pessoa e indivíduo, que parece básica na interpretação sociológica, sobretudo em se tratando de uma sociedade como a brasileira, em que a distinção existe no nível concreto, sendo inclusive ideologicamente apropriada". (DAMATTA, Roberto**. Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 220.).

Roberto Damatta, também relata sobre o surgimento do conceito de pessoa, que vem de um indivíduo que de forma progressiva se individualiza até se tornar uma pessoa: "A noção de pessoa surgiu claramente com Marcel Mauss, num artigo clássico em que acompanha a trajetória da noção que recobria a ideia em um personagem (nas sociedades tribais), sendo progressivamente individualizada até chegar à ideia da pessoa como "ser psicológico" e altamente individualizado". De forma objetiva para Roberto Damatta, o indivíduo é aquele que se aplicam os rigores da lei, é o ser do povo, "Pois somente os indivíduos frequentam as delegacias de polícia, os tribunais, as filas, a medicina e a educação pública". (ibidem). De outro lado existe a pessoa, aquele que tem amigos, pessoas conhecidas, que provem de famílias importantes. Então a pessoa no Brasil é um ser tão diferente dos indivíduos que consegue personalizar a aplicação da lei para ela: "No sistema social brasileiro, então, a lei

> No Estado de Direito, a participação do cidadão no processo de formação da vontade política apresenta-se como um aspecto fundamental da realização da dignidade humana. A liberdade de reunião e de manifestação também visa combater o isolamento do particular e garantir o desenvolvimento em grupo da sua personalidade (o homem como ser eminentemente social). A integração social e a atividade conjunta com outros seres humanos constituem uma necessidade fundamental da pessoa humana, reconhecida expressamente na Constituição portuguesa.

Diante da complexidade do sistema de direitos fundamentais, Gilmar Mendes afirma que são necessários esforços para precisar os elementos essenciais dessa categoria e esclarece que:

> Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueloutros, concebidos como garantias individuais – forma a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático[85].

Decorre desses ensinamentos a dupla dimensão dos direitos fundamentais: uma subjetiva e outra objetiva. Com base na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o conteúdo essencial desses direitos deve

---

universalizante e igualitária é utilizada frequentemente para servir como elemento fundamental de sujeição e diferenciação política e social. Em outras palavras as leis só se aplicam aos indivíduos e nunca às pessoas; ou, melhor ainda, receber a letra fria e dura da lei é tornar-se imediatamente um indivíduo. Poder personalizar a lei é sinal de que se é uma pessoa. Desse modo, o sistema legal que define o chamado “Estado liberal moderno” serve em grande parte das sociedades semitradicionais – como o Brasil – como um instrumento de exploração social, tendo um sentido muito diverso para os diferentes segmentos da sociedade e para quem está situado em diferentes posições dentro do sistema social. Já o conjunto de relações pessoais é sempre um operador que ajuda a subir na vida, amaciando e compensando a outra vertente do sistema.” (*Ibidem*, p. 220).

[84] SOUSA, António Francisco. **Reuniões e Manifestações no Estado de Direito**. 2. Ed, São Paulo: Saraiva, 2011 (Série IDP), p.26

[85] MENDES, Gilmar Ferreira**. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2004, p.2.

ser definido observado o significado do direito para a vida social como um todo, por isso o direito de reunião tem uma carga objetiva marcante.[86]

Entretanto, a proteção dos direitos fundamentais no enfoque objetivo, segundo Virgílio Afonso da Silva, não oferece praticamente proteção alguma além daquelas que já decorrem automaticamente da ideia de cláusulas pétreas:

> Para casos individuais ou mesmo para casos gerais em que a restrição não põe em risco o direito fundamental em seu sentido "para o todo social", mas pode implicar total eliminação em situações concretas, o enfoque objetivo não oferece proteção alguma. Por isso, deve ser complementado por um enfoque subjetivo.

É importante identificar, portanto, a necessidade de proteger o direito de expressão também a partir de uma perspectiva subjetiva e individual, conforme afirma Virgílio Afonso da Silva:

> Se se pretende, com o recurso à garantia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, proteger tais direitos contra uma restrição excessiva e se os direitos fundamentais, ao menos em sua função de defesa, têm como função proteger sobretudo condutas e posições jurídicas individuais, não faria sentido que a proteção se desse apenas no plano objetivo. Isso porque é perfeitamente possível – e provável – que uma restrição, ou até mesmo uma eliminação, da proteção de um direito fundamental em um caso concreto individual não afete sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto.[87]

O direito a ações negativas do Estado, também chamado de direito de defesa, consiste em que o Estado não impeça ou dificulte as ações do titular do direito, não afete determinadas características ou situações do titular e, ainda, que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas desse titular.

---

[86] SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit*, p.185.
[87] *Ibidem*, p.186.

Acerca das funções exercidas, Ingo Sarlet[88] também afirma que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público. Os direitos fundamentais passaram a se apresentar como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas de interesses individuais.

Na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy[89] identifica-se esse avanço da concepção liberal clássica do direito centrado apenas na defesa e apresenta os direitos fundamentais como direitos subjetivos, correspondendo a posições jurídicas ocupadas pelo indivíduo de fazer valer sua pretensão frente ao Estado, não podendo esse eliminar tais posições do titular do direito, para tanto estabelece uma tríplice divisão das posições: direito a algo, a liberdades e a competências[90].

O direito de reunião está ligado intimamente à liberdade de expressão e ao sistema democrático, conforme ensina Paulo Gonet:

> A livre opinião pública é fundamental para o controle do exercício do poder e é tributária da garantia de liberdade de expressão e também do direito de reunião, pelo qual se assegura às pessoas a possibilidade de ingressarem na vida pública e interferirem ativamente nas deliberações políticas, pressionando por uma vontade de ação estatal[91].

---

[88] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 10ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28.
[89] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
[90] As dimensões dos direitos fundamentais recebem outras qualificações na doutrina, além da tridimensionalidade da teoria de Alexy. A exemplo de Paulo Bonavides que trata esses direitos em quatro gerações. A primeira geração é aquela em que aparecem as liberdades públicas, as quais correspondem a direitos e garantias dos indivíduos a uma omissão do Estado em intervir no núcleo essencial dos direitos. A segunda geração está relacionada aos direitos sociais a prestação pelo Estado para alcançar as necessidades coletivas. Na terceira geração os sujeitos de direitos não são nem o individuo nem a coletividade, mas a integralidade do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento. Por fim, os direitos de quarta geração advindos da institucionalização do Estado Social, a teor do direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª ed., p. 524 e ss.).
[91] MENDES, G; et al. *op. cit*, p. 393.

Verifica-se, portanto, que além do caráter subjetivo, o direito de reunião exerce função positiva, uma vez que é instrumento capaz de formação de ação estatal, e essa dupla função pode se apresentar como precedência concreta na discussão sobre os pesos abstratos e concretos dos princípios.

O direito de expressão se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente e para José Afonso da Silva[92] "essa exteriorização do pensamento pode dar-se entre interlocutores presente ou ausentes." Inclusive a pessoa tem o direito de não manifestar o pensamento, o direito de ficar calado, e "o direito de ficar calado passou a ser um direito individual inscrito na Constituição; quando, no art. 5º, LXIII declara que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado".

Tem-se no art. 5º, IV, da Constituição Federal que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Nessa seara, o artigo 200 estabelece que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição.

Tratando do conteúdo da liberdade de expressão, Paulo Gonet buscando os ensinamentos de Ulrich Karpen, informa que:

> A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não até porque 'diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num

---

[92] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 244.

> Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista'[93].

Observa-se o cuidado em apontar que todo princípio é passível de restrições quando em colisão com outros princípios. O que se coloca neste estudo é se temos na ordem constitucional alguns direitos que apresentam condições concretas de precedência, que independentemente do sopesamento no caso concreto já recebem proteção *prima facie*?

Nos debates da ADPF 187/DF, infere-se voto do Ministro Marco Aurélio a importância dada ao direito fundamental da liberdade de expressão, nos termos do trecho que se transcreve:

> No sistema de liberdades públicas constitucional, a liberdade de expressão possui espaço singular. Tem como único paralelo em escala de importância o princípio da dignidade da pessoa humana. Na linguagem da Suprema Corte dos Estados Unidos, se “existe uma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é que nenhuma autoridade, do patamar que seja, pode determinar o que é ortodoxo em política, religião ou em outras matérias opináveis, nem pode forçar os cidadãos a confessar, de palavra ou de fato, a sua fé nelas” – este trecho foi formalizado no caso West Virginia Board of Education v. Barnette. O Tribunal norte-americano assentou, no precedente referido, não haver circunstância que permita excepcionar o direito à liberdade de expressão. Isso porque, acrescento, tal direito é alicerce, a um só tempo, do sistema de direitos fundamentais e do princípio democrático – genuíno pilar do Estado Democrático de Direito.
> (...) Concluo que a liberdade de expressão não pode ser tida apenas como um direito a falar aquilo que as pessoas querem ouvir, ou ao menos aquilo que lhes é indiferente. Definitivamente, não. Liberdade de expressão existe precisamente para proteger as manifestações que incomodam os agentes públicos e privados, que são capazes de gerar reflexões e modificar opiniões. Impedir o livre trânsito de ideias é, portanto, ir de encontro ao conteúdo básico da liberdade de expressão[94].

Aqui o direito de expressão é tradado como o alicerce, a um só tempo, do sistema de direitos fundamentais e do princípio democrático, e como pilar

---

[93]MENDES, G; et al. *op. cit*, p. 360-361.
[94] *in* **ADPF 187/DF,** Voto Ministro Marco Aurélio, p. 163.

do Estado Democrático de Direito, apontando a posição preferencial dada a esse direito na ADPF 187. Imaginando-se a figura de uma pirâmide, só não estaria no topo pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda repercutindo o direito fundamental à liberdade de expressão, assim assevera o Ministro Luiz Fux em seu voto:

> O que não se pode admitir é a repressão estatal ao livre exercício da manifestação do pensamento, máxime em questões tão candentes como a que ora se examina. Restringir manifestações públicas relacionadas com a reformulação da legislação penal significa subtrair da sociedade civil a possibilidade de, espontaneamente, eleger os temas que devem ser democraticamente submetidos à discussão, conferindo-se ao Estado o despótico papel de organizar a agenda social, definindo o momento e as condições em que as ideias serão levadas ao debate[95].

Verifica-se a preocupação latente nos votos dos ministros da não imposição de qualquer restrição nas manifestações públicas, não importando se o conteúdo a ser discutido nessas ocasiões traga desconforto ou repulsa a maioria. Portanto, não é da essência da discussão se a droga discutida é a maconha ou qualquer outra substância entorpecente, mas sim a possibilidade irrestrita de ventilação das ideias, podendo ou não a vir ser modificada a legislação em vigor.

4 A Interpretação conforme e as limitações ao direito de reunião

O objeto da ADPF 187/DF foi a interpretação conforme à Constituição da regra infraconstitucional contida no art. 287 do Código Penal. Importante, assim, verificar quais os significados dessa expressão e como o Supremo Tribunal Federal se utiliza no exercício da jurisdição constitucional da interpretação conforme para criar limites à liberdade de reunião, que

---

[95] *in* **ADPF 187/DF,** Voto Ministro Luiz Fux.

inicialmente só estaria limitada pelas previsões constitucionais de fins lícitos e sem uso de armas.

O princípio da interpretação conforme informa que as autoridades estatais devem produzir, interpretar e aplicar todo o direito infraconstitucional de acordo com os direitos constitucionais, o que traz a característica dos efeitos de irradiação dos direitos fundamentais na ótica da dimensão objetiva.

Nesse sentido, Daniel Sarmento assevera que a eficácia irradiante tem na interpretação conforme a Constituição um dos seus mais férteis instrumentos e que essa forma de interpretação desempenha dois papéis. Um papel de princípio hermenêutico e outro de mecanismo de controle de constitucionalidade:

> Como princípio hermenêutico, ela impõe ao operador do direito que, diante da ambiguidade de determinada posição legal, opte pela exegese que torne esta norma compatível com a Constituição, mesmo que não seja a resultante da exegese mais óbvia do preceito. Com isso ela permite que, por um lado, se mantenha a norma jurídica no ordenamento, em reverência à presunção de constitucionalidade das leis haurida da legitimidade democrática do legislador, mas que por outro, se elimine a sua potencial desarmonia com o texto magno[96].

E, como mecanismo de controle de constitucionalidade,

> a interpretação conforme à Constituição – hoje expressamente prevista em lei (art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99) – possibilita que o Supremo Tribunal Federal, na fiscalização abstrata dos atos normativos, elimine, por contrariedade à Lei Maior, possibilidades exegéticas de determinada norma, sem redução de texto.

Logo no início do voto o Relator, Ministro Celso de Mello, delimitou o tema em debate da ADPF 187/DF como sendo a proteção de duas liberdades individuais: de um lado, a liberdade de reunião e, de outro, o direito à livre

---

[96] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.124.

manifestação do pensamento, e qualquer limite a ser aceito a esses direitos estabelecidos é o que já está expresso no texto constitucional,

> Antes de analisar o mérito, desejo enfatizar que este processo não tem por objetivo discutir eventuais propriedades terapêuticas, ou supostas virtudes medicinais, ou, ainda, possíveis efeitos benéficos resultantes da utilização de drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, mas, ao contrário, busca-se, nesta causa, proteção a duas liberdades individuais de caráter fundamental: de um lado, a liberdade de reunião e, de outro, o direito à livre manifestação do pensamento.
> (...)
> Bastante clara, portanto, a posição do Tribunal no sentido de que se está garantindo a incolumidade, a integridade do exercício desses direitos, observados, evidentemente, os limites que a própria Constituição estabelece[97].

O ministro Ayres Britto ressaltou as limitações encontradas no texto constitucional para o direito de reunião debatidas na ADPF 187/DF:

> O Ministro Celso de Mello - lembrando a fala de um dos advogados que fizeram uso da tribuna - lembrou que só há duas exceções: Estado de Defesa e Estado de Sítio. A Constituição realmente impõe restrições à liberdade de reunião, mas nessas duas situações excepcionais reveladoras de um estado institucional crítico, de crise, de anormalidade institucional.

Para José Afonso da Silva existe “apenas uma limitação: que a reunião seja sem armas; e uma exigência: que se dê prévio aviso à autoridade”. Ainda assim esse aviso tem o intuito que a autoridade garanta a realização da reunião:

> Aliás, a liberdade de reunião é daquelas que podemos denominar de liberdade-condição, porque, sendo um direito em si, constitui também condição para o exercício de outras liberdades: de manifestação do pensamento, de expressão de convicção filosófica, religiosa, científica e política, e de locomoção (liberdade de ir, vir e ficar) [98].

Extrai-se, ainda, da interpretação conforme o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, o que vem a reforçar a eficácia dos direitos

---

[97] *in* **ADPF 187/DF,** Voto Ministro Celso de Mello.
[98] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005,p. 265.

fundamentais e a ideia de posição preferencial de alguns direitos, a exemplo dos direitos de expressão e de reunião.

No direito americano, pode-se verificar nos julgamentos de casos que tratam da liberdade de expressão a posição de preferência desse direito dada pelo Juiz Oliver Wendell Holmes, não aceitando restrições, conforme observa Sergio Fernando Moro:

> Merecem destaque, em particular, suas teorias acerca da liberdade de expressão. Segundo HOLMES, a liberdade de expressão não pode ser restringida nem mesmo quando envolve incitação ou apologia a ações ilegais. Há a necessidade ainda de que discurso da espécie possa efetivamente resultar na ação ilegal. Trata-se do teste denominado *clear and present danger* formulado inicialmente em Schenk v. United States, de 1919. [99]

Sergio Fernando Moro comenta a posição de Holmes e ressalta que os direitos fundamentais não podem ser de todo funcionalizados, ou seja, postos em relação a determinados fins:

> Não é difícil defender o exercício de direitos fundamentais que contam com amplo apoio popular. Os casos difíceis surgem quando os direitos fundamentais entram em colisão com legítimos interesses comunitários. Nesses casos é que as Cortes podem mostrar seu valor, optando fundamentalmente por um e outro. Se é certo que os direitos fundamentais não são absolutos, também é correto que não podem ser sacrificados sempre que colidirem com interesses comunitários, com o que restaria descaracterizada a idéia central do Estado de Direito, de que o indivíduo é um fim em si mesmo, o que gera a obrigação de que seus direitos sejam levados a sério[100].

Na conclusão do voto do relator, o Ministro Celso de Mello[101] julgou procedente a ADPF 187/DF "para dar ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da

---

[99] MORO, Sérgio Fernando. **A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001, p. 345.
[100] *Ibidem*, p. 346.
[101]*in* **ADPF 187/DF,** Voto Ministro Celso de Mello, p. 63.

legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos", nos termos do pedido, utilizando a interpretação conforme como mecanismo de controle de constitucionalidade.

Fundamenta suas conclusões essencialmente na imposição de "construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento não seja reprimido".[102]

5 Posição de precedência e juízo de ponderação

A liberdade de expressão desempenha um papel essencial para o Estado Constitucional Democrático de Direito, na medida em que impulsiona a realização dos demais direitos fundamentais, notadamente por meio do direito de reunião, oportunidade em que os integrantes da sociedade manifestam suas opiniões.

Importante revisitar que, em sua origem, os movimentos pela liberdade de expressão buscavam a separação entre a Igreja e o Estado, para que fosse possível divergir dos dogmas religiosos impostos, dos quais a sociedade não participou da formação. Assim, Simone Schreiber, visualiza duas vertentes para a justificativa teórica da liberdade de expressão:

> No estudo da justificativa teórica da liberdade de expressão, é profícuo agregar as diversas teorias em dois grandes grupos: os que defendem que a liberdade de expressão deve ser protegida por ser um instrumento importante para a coletividade ou para a democracia; e os que ressaltam tratar-se de um direito individual, imprescindível à auto-realização pessoal, que deve ser protegido independentemente de considerações sobre a realização dos interesses da coletividade.[103]

---

[102] *in* **ADPF 187/DF,** Voto Ministro Celso de Melo, p 63.
[103] SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico, *In:* **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 219.

Constatando as diferentes premissas que podem levar à proteção do direito de expressão, verifica-se que a proteção *prima facie* dada a esse direito vai depender fundamentalmente do peso em abstrato e da confiabilidade e reconhecimento desse direito no caso concreto quando em colisão com outros valores constitucionais. "Nesse sentido, clausulas que independem de sopesamento podem, em alguma medida, servir como regra geral, mas sua correção dependente dos sopesamentos que a elas subjazem"[104].

A doutrina de posição preferencial dos direitos fundamentais na jurisprudência norte-americana foi estudada por Letícia de Campos Martel à luz do devido processo legal substantivo[105], tratada também como hierarquização dos direitos fundamentais, colocando alguns em posição privilegiada com relação a outros, nos seguintes termos:

> Em que pese todos possuírem caráter de fundamentabilidade, uns são apostos em local cimeiro, tomados como de maior peso de per si. Então, os Direitos Fundamentais que assumem o mais alto posto na hierarquização correspondem aos dotados de posição preferencial. Diante da privação destes, usar-se-á o escrutínio estrito; na ausência deles, usar-se-á o teste da mera razoabilidade. [106]

---

[104] ALEXY, Robert. *Op. cit*., p. 128.

[105] Letícia de Campos Velho Martel examinou a questão da hierarquização dos direitos fundamentais à luz da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, utilizando-se como premissas o devido processo legal substantivo e o princípio da razoabilidade por entender que "por intermédio do estudo dos casos que envolvem o devido processo substantivo, é possível identificar três etapas da doutrina da posição preferencial. A primeira, na qual ela não era propriamente uma doutrina, nem uma teorização, mas era utilizada, liga-se à *Era Lochner*, à época do *economic substantive due process of law* (1898-1937). A segunda, na qual não havia uma teorização explícita da doutrina, mas a Corte estava aderindo a outras doutrinas – teste do perigo claro e iminente e incorporação seletiva – que, quando aplicadas, recaíam na hierarquização de Direitos Fundamentais, iniciou-se ainda na *Era Lochner*, nos idos de 1920. A terceira, na qual, além da aplicação, houve a formulação teórica explícita da doutrina, com a adoção da terminologia *preferred position*, ou *preferred freedoms*, ou, em menor escala, *preferred place*, iniciou-se nos casos Carolene Products e Jones v. Opelika (1038 – dias atuais) e está ligada ao *personal substantive due process of law*." (MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Hierarquização de Direitos Fundamentais**: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. Revista Sequencia, nº 48, julho, 2004, p. 100.)

[106] MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Hierarquização de Direitos Fundamentais**: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. Revista Sequencia, nº 48, julho, 2004, p. 100.

No caso da ADPF 187/DF, a liberdade de expressão esteve em posição preferencial por se tratar de instrumento importante para a manutenção da democracia e estar em conflito com uma norma infraconstitucional, no qual foi possível estabelecer a melhor interpretação daquela norma.

Nessa mesma esfera de proteção, pode-se citar o julgamento do Recurso Extraordinário 511.961/SP[107] no qual foi debatida a exigência de diploma universitário para o exercício da profissão de jornalismo e decidido que o jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação no estado democrático, conquanto a exigência de diploma viola o direito de liberdade de expressão, nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Já no âmbito de proteção como direito individual, pode-se citar o caso Ellwanger debatido no Habeas Corpus 82.424-2/RS[108], no qual o STF indeferiu o pedido, com o fundamento de que a edição de livro disseminando as ideias antissemitas configura-se ilicitude penal tipificada em escrever, editar publicar e comentar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica.

---

[107] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961/SP**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/06/2009.

[108] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424-2/RS**. Relator Ministro Maurício Correa. Julgado em 17/09/2003. O caso Ellwanger foi julgado em 2003 pelo Supremo Tribunal Federal, onde a Corte, manteve a condenação do editor Siegfried Ellwanger por racismo contra judeus. Em primeira instância o acusado foi absolvido, pois a juíza substituta que julgou o processo, entendeu que o acusado estava apenas exercendo o seu direito constitucional de liberdade de expressão, e esse apenas havia reportado sua opinião sobre fatos históricos, sob um ângulo totalmente diferente da visão que a maioria tem sobre o fato. Já em segunda instância, Ellwanger teve condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). No Superior Tribunal de Justiça houve a confirmação da condenação do acusado. O caso por fim chegou ao STF através do HC 82424. Em suma, Ellwanger foi acusado por praticar racismo em face da edição e venda de livros com ideias discriminatórias, negando o holocausto. Os advogados sustentaram que os judeus não poderiam ser caracterizados como raça e por isso o delito estaria prescrito, fatos da causa de pedir do HC 82424 no STF. Depois de 9 meses de pedidos de vista e discussões, o julgamento teve fim. Por maioria de sete a três, o Plenário negou o pedido. Foram vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Os dois primeiros consideraram o crime prescrito. Ayres Britto concedia o recurso de ofício para absolver o livreiro por falta de provas.

No caso, o Ministro Gilmar Mendes invocou o princípio da proporcionalidade para afirmar que a liberdade de expressão não é absoluta e assim se manifestou:

> Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana (...). É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.

Portanto, afirma-se que há direitos fundamentais que recebem uma proteção *prima facie* frente a outros direitos, diante do reconhecimento de um peso em abstrato alto, que impõe um dever positivo do Estado. Entretanto, uma vez tomado no caso concreto, remete-se ao juízo de ponderação para verificar os demais valores em jogo, podendo sofrer restrições.

Isso porque há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade e segundo Alexy:

> Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandado de meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza[109].

Nesse viés, o procedimento de tomada de decisões pelo juiz no exercício da jurisdição constitucional resultará em juízo de ponderação, tratado na teoria de Alexy, conforme afirma Paulo Gonet, “ao conferir preferência a um valor sobre outro, o juiz, na realidade, realiza uma

---

[109] ALEXY, Robert. *Op. cit*, p. 116-117.

ponderação, mesmo que não o explicite nem cumpra os requisitos formais que o procedimento exige”[110].

Para Alexy, no espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa, é o mundo do dever-ser ideal, entretanto:

> Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real. Neste ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferências[111].

É, pois, no juízo de ponderação no caso concreto que se atribuiu um valor maior ao direito de reunião no caso da ADPF 187/DF, o que não autoriza concluir que essa situação sempre se repetirá nos casos que o tema for levado ao Supremo Tribunal Federal.

E mais, não temos como únicos limites ao direito de reunião a não utilização de armas e fins pacíficos. É possível imaginar outros limites, como o do caso Ellwanger, no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista.

Conclusão

Primeiramente, ressalta-se a importância do legislador de colocar à disposição da sociedade a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como instrumento de acesso à justiça quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade a direitos fundamentais, em face de legislação anterior ao texto constitucional de 1988, o que viabilizou a interpretação conforme para o artigo 287 do Código Penal.

---

[110] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet**. Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP), p. 9-10.
[111] ALEXY, Robert. *Op. Cit*, p. 139.

Conclui-se que o princípio da liberdade de expressão não possui caráter absoluto. Seus limites são encontrados no caso concreto em colisão com outros princípios, necessitando de uma atitude de ponderação do juiz constitucional, decidindo-se no caso qual o direito tem maio peso e, consequentemente, deverá ter primazia.

A posição de precedência de determinadas liberdades como o direito de expressão e de reunião é identificável considerando a defesa da democracia e a dignidade da pessoa humana, em outras palavras, uma proteção *prima facie*. Entretanto, é no caso concreto que por meio da ponderação haverá a fixação de relações de preferências, nos termos da teoria de Alexy.

Na ADPF 187, o Supremo Tribunal Federal, conforme o voto do Ministro Celso de Mello, cumpriu seu papel de guardião da Constituição Federal, protegendo os direitos de reunião e de manifestação do pensamento,

> Isso resulta muito claro de todos os votos. O Supremo Tribunal Federal está assegurando, e reafirmando, neste julgamento, o exercício, pelas pessoas, de duas liberdades fundamentais: o direito de reunião e o direito à livre manifestação do pensamento. Vale dizer, o Supremo não está autorizando o uso de drogas no curso da denominada “Marcha da Maconha”![112]

Ressalta-se que a liberdade de reunião é fundamental para proteger as manifestações que possam incomodar os agentes públicos e privados e gerar reflexões que levem a mudança de opiniões e quebra de paradigmas, o que fortalece a democracia.

Pode-se afirmar, ainda, que os limites para o direito de reunião no texto constitucional, que são fins pacíficos e não utilização de armas, se impõem na análise do exercício desse direito, uma vez que remetido ao caso concreto, é possível no juízo de ponderação, que o Supremo Tribunal Federal estabeleça outros limites.

---

[112] *In* **ADPF 187/DF,** Voto Ministro Celso de Mello.

Conclui-se que há precedência básica dos princípios que se referem à liberdade jurídica individual e que dentre os direitos fundamentais os de expressão e de reunião têm relevo especial para o Estado constitucional democrático, observadas as limitações que são estabelecidas no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 187/DF**. Relator Min. Celso de Mello. Brasília. (acórdão não publicado até a divulgação do presente artigo).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511.961/SP.** Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/06/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424-2/RS**. Relator Ministro Maurício Correa. Julgado em 17/09/2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DAMATTA, Roberto**. Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Hierarquização de Direitos Fundamentais**: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. Revista Sequencia, nº 48, julho, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira**. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. **A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico, *In:* **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOUSA, António Francisco. Reuniões e Manifestações no Estado de Direito. 2. Ed, São Paulo: Saraiva, 2011 (Série IDP),

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DISCURSOS DE HUMOR: A DEMOCRACIA É BEM-HUMORADA?

Hector Luís C. Vieira

> “o que há de particularmente mau em silenciar a expressão de uma opinião é o roubo à raça humana – à posteridade, bem como à geração existente, mais aos que discordem de tal opinião do que aos que a mantêm. Se a opinião é correta, privam-nos da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errada, perdem, o que importa em benefício tão grande, a percepção mais clara da verdade, produzida por sua colisão com o erro.”

Resumo: Este artigo pretende discutir a maneira como a liberdade de expressão se relaciona com suas premissas no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro. Isto é, partindo da ideia acerca do modo como se produzem os discursos e suas proibições nas instituições sociais, busca-se definir em que medida os preceitos da democracia influem na empiria da liberdade de expressão. O artigo concentra-se na reflexão a respeito da produção de discursos de humor, ou seja, liberdade de expressão artística constitucionalmente protegida. Para tanto, apontam-se duas dimensões, anteriores às dimensões estritamente jurídicas, de análise dos conflitos que envolvem o direito fundamental à liberdade de expressão.

Palavras-Chave: Liberdade de Expressão. Discurso. Democracia. Stand Up Comedy.

Abstract: This article discusses how freedom of expression is related to their premises under the democratic rule of law in Brazil. Based on the idea about how the society produces the speeches and prohibitions in social institutions, we seek to define the extent to which the precepts of democracy influence the freedom of expression empirically. The article focuses on reflection about the production of discourses of humor, other words, freedom of artistic expression constitutionally protected. To do so, point to two dimensions that come before the strictly legal dimensions for analysis of conflicts involving the fundamental right to freedom of expression.

Keywords: Freedom of expression. Speech. Democracy. Stand Up Comedy.

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um dos alicerces do moderno Estado Democrático de Direito. A inauguração do modelo liberal de organização e sua perspectiva filosófica trouxe consigo a ampliação das concepções dos direitos fundamentais do homem. Uma vez limitados os poderes do rei e redistribuído o conceito de soberania e supremacia entre a Lei, o Parlamento e a Constituição, a liberdade de expressão ganhou importância especial nos âmbitos social, político e jurídico, tornando-se, inclusive pressuposto para o exercício dos direitos.

Evidentemente, a liberdade de expressão possui um caráter não sistematizado juridicamente, é a concepção do discurso. A produção dos discursos nas sociedades ocorrem sob lógica diversas daquelas que, geralmente, o Direito leva em consideração. Isto porque todo discurso pressupõe um certo grau de proibição, independentemente do local onde eles foram elaborados. Sempre há o que se pode e não se pode dizer. Essas restrições variam em relação a vários fatores externos ao próprio discurso como, por exemplo, o local, o momento certo de se pronunciar, quem pode proferir etc.

Dessa forma, a análise da lógica de produção do discurso faz todo sentido para se passar a um exame posterior acerca da liberdade de expressão especificamente. Isso porque a concepção teórica e jurídica da liberdade de expressão não precede ao regramento tácito de produção dos discursos na sociedade.

A democracia apresenta-se como um segundo fator de altíssimo relevo na discussão e valoração da liberdade de expressão nos Estados modernos. Não há como se falar em democracia sem pressupor a liberdade na produção dos discursos. Entretanto, como se verá adiante, a democracia não pode ser apenas representada pela possibilidade da maioria conseguir estabelecer um discurso representativo. Sob uma perspectiva significante do panorama democrático, outros fatores serão tratados como essenciais no

reestabelecimento das bases da democracia para que elas se realinhem com a diversidade e multiculturalidade possíveis nos Estados constitucionais.

É preciso destacar que as Constituições modernas ocidentais tomaram a liberdade de expressão como uma liberdade especial. Nesse sentido, seguiu o entendimento doutrinário e jurisprudencial que deu à liberdade de expressão um caráter de primazia sobre os demais direitos fundamentais conquistados com a derrocada do modelo absolutista, como será visto adiante.

Os discursos de humor, lastreados na liberdade de expressão artística, serão, então, o ponto central da presente análise. A produção desses discursos é uma habilidade da linguagem que consegue construir um estrutura retórica com o fim de entretenimento. Basicamente, baseando-se em um amplo aparato simbólico, promove a aproximação do indivíduo que profere o discurso com os seus interlocutores por intermédio de situações cômicas.

O tipo de discurso de humor que será objeto de análise mais detida é conhecido por Stand Up Comedy. Tal modelo possui uma estrutura e dinâmica de desenvolvimento peculiares, dado o seu pressuposto de aproximação com a sua audiência e os temas tratados. Ao tratar, via de regra, de assuntos ligados às minorias políticas (homossexuais, negros, mulheres, deficientes físicos), preconceitos, simbologias e estereótipos, esse tipo de espetáculo está constantemente na linha limítrofe entre a violação ou não de direitos fundamentais e o respeito da dignidade humana.

Assim, a questão que perpassa a extensão do artigo é sobre quais elementos são capazes de fornecer embasamento a uma restrição não judicial dos discursos humorísticos no âmbito social a partir de premissas democráticas e da própria autorestrição dos discursos. Ao estabelecer tais premissas o presente artigo buscará estabelecer dois pontos de reflexão acerca da restrição da produção dos discursos de humor, ou seja, da liberdade de expressão, a partir de elementos não jurídicos e que antecedem a discussão judicial da colisão entre direitos fundamentais.

2 Discursos e Democracia

A linguagem está para o indivíduo social tal como o sagrado e o profano estão para a Religião ou tal como a noção de lei está para o Direito. A concatenação de símbolos capazes de articular ideias e transmitir mensagens a outros interlocutores é habilidade que o ser humano tem com exclusividade em relação aos demais seres vivos. É nesse panorama que se estabelece, por intermédio da linguagem, a produção de significados. Não há como se pensar em qualquer esfera de conhecimento humano, Ciência, Economia, Religião ou Direito, apenas para citar algumas, que não estejam constituídas sobre bases de significados emergidos pela linguagem.

O processo de assimilação da linguagem é essencial na configuração do indivíduo perante a sociedade em que ele vive, isto é, a linguagem é o que define os marcos sociais que refletirão no modelo de comportamento esperado pelos demais indivíduos, determinando padrões comportamentais. Essa assimilação inicia-se na mais tenra idade. A linguagem é a força motriz da socialização da pessoa . É por intermédio da linguagem que, por exemplo, a criança "aprende a transmitir e reter certos significados socialmente reconhecidos."

Durante todo o período em que o indivíduo sofre intervenções diretas e/ou indiretas da sociedade a fim de conformá-lo nos moldes do que é que socialmente aceito e esperado que ele seja, a capacidade de abstração torna possível que ele transite entre situações para além de uma com a qual ele se defronte diretamente.

Nesse ponto é que o indivíduo apreende os variados graus de permissão que o discurso pode alcançar no meio social onde ele está inserido. O velho ditado popular que enuncia que "criança não mente" está em total consonância com os preceitos das teorias da socialização. De fato, a criança não mente quando questionada sobre algo porque em sua configuração ainda não foi automatizada a filtrar completamente o seu próprio

discurso. Isso é um trabalho longo e árduo daqueles que a cercam diretamente e indiretamente.

Parece correto afirmar, então, que todas as instituições que compõem uma sociedade produzem discursos específicos. A partir disso, existe a seleção do que pode ser dito ou não. Essa é a base das proibições sociais dos discursos. É importante notar que essas proibições podem ocorrer por intermédio de variadas facetas, quer dizer, embora possa-se dizer que toda instituição possua proibições, elas podem assumir aspectos diferenciados. A proibição jurídica é, portanto, apenas uma faceta possível de restrição aos discursos. Faceta essa que, num aspecto macrossociológico, representa muito pouco das proibições dos discursos.

É inegável que as interações sociais levam em consideração essa ampla construção de padrões estipulados pelo âmbito social. Ou melhor, as próprias interações tendem a ocorrer tendo como premissa um conjunto mínimo e bem estipulado permissões e proibições. Michel Foucault coloca a questão da seguinte maneira:

Suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seus acontecimentos aleatórios, esquivar sua pesada e temível materialidade.

Pode-se dizer, então, que a linguagem estabelece pontos comuns sobre as teias de significados que se estruturam sobre a sociedade. Consequentemente, ela influencia diretamente nas concepções pessoais e impessoais que os indivíduos possuem, o que, por sua vez, reflete na capacidade e possibilidade de ação desse na sociedade.

Ao analisar os discursos, é preciso tem em mente que

Sem dúvida, o discurso é capaz de engendrar nas sociedades orientações de comportamento e introjeções ideológicas fortíssimas. Por isso, parece evidente que a produção de discursos está intimamente ligada à

disputa de poder. […] os discursos assim como as vicissitudes sociais podem caminhar por diversos vieses, ora centralizando, ora descentralizando, ora construindo, ora desconstruindo. O fato é que mais importante do que o discurso que se produz, talvez sejam as objeções criadas pelo próprio discurso. Significa dizer que a todo discurso produzido corresponde uma série de objeções advindas do próprio discurso que legitimam ou deslegitimam situações.

Assim, os discursos são produzidos apenas a partir das possibilidades que a linguagem fornece na construção de significados. É interessante notar que inexistem significados se eles não são compartilhados pelos outros indivíduos sociais. Somente por intermédio do discurso dos outros que se consegue dar sentido aos próprios discursos, pois esse sentido pertence a uma cadeia de significados que não existe por si. Isto é, não são os indivíduos que produzem as suas próprias proibições.

Essas são as premissas não-jurídicas dos discursos. Essa infinidade de discursos passíveis de serem produzidos na sociedade tornaram-se um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito. Tais discursos foram traduzidos para a linguagem jurídica como “expressões”.

É preciso esclarecer que não é foco do presente artigo discutir a “expressão” ou a liberdade de expressão no sentido da retórica dogmática. Embora tal perspectiva seja importante para o mundo jurídico e algumas de suas premissas sejam utilizadas aqui, ela fornece uma leitura limitada do complexo social de conflitos que giram em torno da liberdade de expressão.

A partir dessas ideias, é inegável que a liberdade de expressão, tal como é concebida no ordenamento jurídico brasileiro, representa um incomensurável avanço nos preceitos democráticos. Ideias como liberdade de expressão acabam por se relacionarem intimamente com os preceitos que as fundamentam, transformando o panorama em uma análise que não pode ser unidimensional. Significa dizer que examinar a liberdade de expressão sem levar em consideração aspectos não-jurídicos é uma tarefa inócua. Elementos históricos, sociológicos, políticos devem ser levados em

consideração quando do aprofundamento da discussão. O debate é amplo. Precisa ser.

Algumas ideias caras à ciência jurídica fazem parte do debate acerca da liberdade expressão, seja um debate amplo ou restrito. Por exemplo, a Democracia, Constituição, Constitucionalismo entre outros. Obviamente, a discussão de todos eles se torna vazia se é limitada demasiadamente no que tocam as suas influências nas instituições sociais, jurídicas ou não.

Ferreira Filho chama a atenção para os valores básicos de uma Democracia. Para o autor

Fundamentalmente são dois os valores que inspiram a democracia: liberdade e igualdade, cada um desses valores, é certo, com sua constelação de valores secundários. Não há concepção da democracia que não lhes renda vassalagem, ainda que em grau variabilíssimo. E pode-se até, conforme predomine este ou aquele valor, distinguir concepções liberais das concepções igualitárias da democracia.

Do ponto de vista da dogmática constitucional, a democracia funciona como um qualificativo do Estado de Direito. Logo, compreende-se por Estado Democrático de Direito “a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos (...)”.

A Democracia, sobretudo no seu sentido moderno e substancial , é um conceito chave para se entender a importância da liberdade de expressão. Isso porque a concepção da liberdade de expressão tem ligação imediata com os princípios democráticos, embrionários no período pós Revolução Francesa e Independência Norte Americana.

Nesse panorama que o movimento constitucionalista fez surgir a ideia de direitos pertencentes ao cidadão e oponíveis ao Estado. Quer dizer, os direitos dos cidadãos, então, não eram apenas uma concessão do Estado, mas um elemento a ser protegido e respeitado pelo Estado.

É, portanto, importante considerar a diferenciação estabelecida por Barroso no sentido de esclarecer o sentido material ou substancial de democracia. Para o autor, é possível vislumbrar duas dimensões da democracia: formal e material. Na primeira estão contidas ideias que se referem ao governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, que são colocados como liberdades públicas, por exemplo, liberdade de expressão, associação e de locomoção. Na segunda dimensão, a democracia deve ser encarada como o substrato do Estado constitucional de direito. Isto é, não está reduzida à ideia de governo da maioria, mas, sim, governo para todos. Isso significa que a democracia é vivida num aspecto mais amplo, não apenas de observar minorias, mas também grupos de menor expressão política.

Pode-se, logo, considerar democrático o Estado de direito que "se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais, culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos."

Em termos de liberdade, a democracia surgida no Constitucionalismo moderno é, antes de tudo, um instrumento assecuratório da limitação de poder. Esse movimento pode ser caracterizado como aquele que promoveu a limitação do poder absoluto da monarquia europeia em prol dos direitos dos indivíduos. Tal limitação ocorreu sob três perspectivas: material, formal e processual.

Luís Roberto Barroso em nota de rodapé explica a aproximação entre os elementos democracia e constitucionalismo:

> Constitucionalismo e democracia são conceitos que se aproximam, frequentemente se superpõem, mas que não se confundem. Eventualmente, pode haver até mesmo tensão entre eles. Constitucionalismo traduz, como visto, limitação do poder e Estado de direito. Democracia identifica, de modo simplista, soberania popular e governo da maioria. Pois bem: a Constituição se impõe, muitas vezes, como instrumento de preservação de determinados valores e de proteção das

minorias, inclusive, e sobretudo, em face das maiorias e do seu poder de manipulação do processo político.

Não se pode negar que a definição de Democracia é algo absolutamente complicado. Isso porque ela não é apenas um conceito teórico-formal, a democracia constitui-se expressão da vida cotidiana das pessoas e das instituições de quaisquer natureza. É possível pensar alguns preceitos básicos que poderiam ser colocados como comuns a um gama diferenciada de conceitos de democracia. Por isso, diz-se que democracia é um tipo de governo que está ligado, sobretudo, à vontade da maioria e à supremacia da lei.

Entretanto, a Democracia em seu sentido mais concreto e moderno não pode ser atrelada apenas a disposições como a vontade da maioria ou supremacia da lei. Imagine-se a hipótese de que na Constituição brasileira de 1988 não houvesse a previsão do art. 60, §4º, IV e o parlamento brasileiro aprovasse uma emenda à Constituição no qual seriam retirados os direitos civis dos homossexuais ou dos negros. Ainda que o parlamento votasse tais medidas pela unanimidade dos seus membros, seria penoso classificar tal decisão em uma decisão democrática. Isso porque o Estado Democrático deve observar não apenas as maiorias, mas dar voz política às minorias e fazer dos direitos dessas um plano do Estado.

Junto à diversidade que a democracia proporciona, estão as variadas maneiras de se expressar. Nesse sentido, transportando os discursos para o plano jurídico é que as questões envolvendo a liberdade de expressão se fazem tão importantes. Elas se ligam diretamente ao quão democrático é um Estado e qual o tamanho da noção igualitária que os cidadãos de uma sociedade detém.

2. Liberalismo Democrático e a Expressão

A liberdade de expressão é um direito previsto no texto Constitucional. Pode-se dizer que é uma filha do constitucionalismo, tais como quase todas

as demais liberdades, e, portanto, cria da expansão do movimento democrático em Estados ocidentais.

Na Constituição brasileira de 1988, a liberdade de expressão está prevista no art. 5º, inciso IX . De fato, a inserção dessa liberdade representou o compromisso do Estado brasileiro com os preceitos e ideais democráticos. Especialmente, serviu para reforçar o processo de redemocratização iniciado anos antes.

Diante disso, a importância dessa liberdade está arraigada em uma habilidade que é humana tipicamente: produzir discurso. A explicação da importância da liberdade de expressão está tão profundamente ligada às capacidades e habilidades humanas que o seu fundamento jurídico acaba por tocar o viés naturalista. Pode-se dizer, então, que nas democracias modernas "(...) a liberdade de expressão se apresenta como a própria expressão da liberdade do homem; todavia, não porque fosse um cidadão-membro da polis, mas porque é um indivíduo dotado de direitos naturais ínsitos à existência humana."

Num panorama mais aprofundado da liberdade de expressão é possível constatar que ela também admite duas perspectivas: a substantiva e a instrumental.

A perspectiva substantiva embasa o pensamento de que não é possível vida digna sem liberdade de expressão, pois levando em consideração a natureza humana, os indivíduos são seres comunicativos naturalmente. Dessa maneira, faria parte dessa condição natural a capacidade de compreender axiologicamente o que é bom e o que não é. "A partir de uma visão substantiva, toda e qualquer forma de censura com base no conteúdo é incompatível com a responsabilidade dos cidadãos enquanto agentes morais autônomos."

Por sua vez, na perspectiva instrumental sustenta-se que a liberdade de expressão é, antes de tudo, um meio para promover os demais valores contidos na Constituição. Assim, religando essa liberdade à noção de

democracia, identifica-se que a noção de autogoverno popular “se baseia num processo dialético de troca de impressões e confronto de visões, informado pelo pluralismo e pela isonomia, em que os cidadãos possam se influenciar reciprocamente” .

É importante ressaltar ambas as perspectivas não se contrapõem entre si. Pelo contrário, servem para uma aprofundar numa visão mais concreta da liberdade de expressão se utilizadas conjuntamente.

Pode-se afirmar, então, que os incisos IV e IX do art. 5º da Constituição referem-se à liberdade de expressão em sua perspectiva substantiva em maior medida, pois proíbem que o Estado tome parte no processo criativo ou crie padrões de qualquer natureza. Com isso, garante a autodeterminação individual. Diz-se em maior medida porque esse dispositivos também podem ser examinados sob a perspectiva instrumental. Por sua vez, os artigos 220 e seguintes estão ligados em maior medida à dimensão instrumental, uma vez que são meio de promoção de outros direitos fundamentais.

Deve-se considerar que

> todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão. Ela abrange gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como manifestações veiculadas pelos modernos meios de comunicação, como as mensagens de páginas de relacionamento, “blogs”, etc. Além disso, também é certo que a proteção constitucional abarca diferentes “estilos” de manifestação, que podem variar das leves e bem-humoradas às mais ácidas e ferinas; daquelas que transmitem emoções e sentimentos às que possuem apelo estritamente racional.

Assim, a liberdade de expressão orienta-se a “tutelar o direito de externar ideais, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano.”

Além disso, é preciso considerar que a liberdade de expressão tem uma posição preferencial na ordem constitucional brasileira. A doutrina destaca que a liberdade de expressão goza de posição de preferência no

ordenamento jurídico, ou seja, em um eventual conflito com outros valores, tem preferência prima facie.

> a possibilidade de cada um de exprimir as próprias ideias e concepções, de divulgar suas obras artísticas, científicas ou literárias, de comunicar o que pensa e o que sente, é dimensão essencial da dignidade humana. Quando se priva alguém destas faculdades, restringe-se a capacidade de realizar-se como ser humano e de perseguir na vida os projetos e objetivos que escolheu. Trata-se de uma das mais graves violações à autonomia individual que se pode conceber, uma vez que nossa capacidade de comunicação – nossa aptidão e vontade de exprimir de qualquer maneira o que pensamos, o que sentimos e o que somos – representa uma das mais relevantes dimensões de nossa própria humanidade.”

Em outras palavras, define-se a teoria da posição preferencial da liberdade de expressão como aquela que entende que pela alta relevância desse “direito fundamental justifica a imposição de rígidos limites às restrições que se lhe pretenda impingir, tanto as motivadas por razões de interesse público quanto as exigidas em hipóteses de colisão com outros direitos.”

Do ponto de vista político-histórico, muito embora seja justificável a precedência que se pretende dar à liberdade de expressão, do ponto de vista jurídico e da resolução de conflitos que envolvam a colisão entre a liberdade de expressão e outros direitos de igual importância no ordenamento constitucional, a solução alcança um patamar em que a maneira mais adequada de resolução é aquela que leva em consideração o caso concreto e não apenas a eventual colocação abstrata de um peso maior nessa liberdade.

Inclusive, James Madison atrelou a concepção da liberdade de expressão ao próprio exercício da soberania popular em seu Virginia Report de 1799/1800. Segundo ele, a essência dessa liberdade reside na possibilidade de os cidadãos criticarem os agentes de governo. Dessa maneira, ocorreu uma mudança da fonte de soberania que antes era do Governo, passando, então, ao povo. A deliberação pública, juntamente com a liberdade de expressão, é elevada a um outro nível. A liberdade passa a ser

elemento de realização da nova visão de soberania e, especialmente, do modelo norte-americano de democracia.

Como lembra Simone Schreiber, "um importante desdobramento da instrumentalização da liberdade de expressão para a realização da democracia diz respeito à categorização de discursos e estabelecimento de graus diferenciados de proteção."

Por uma questão de dogmática, a experiência constitucional brasileira atrela a questão da expressão, via de regra estritamente, à noção liberdade. Mas há uma dimensão da produção dos discursos que não pode ser ignorada. É a dimensão da subjetividade igualitária do indivíduo na sociedade, isto é, a percepção de igualdade de cada indivíduo. Para discussão desse ponto seria necessário elaborar uma digressão etnográfica acerca dessa dimensão, o que seria tarefa demasiada longa para este ensaio.

Porém, por se tratar de um ponto de reflexão essencial, é preciso deixar claro que a dimensão que os direitos atingem no contexto social não-jurídico assume formas diferenciadas e esse é um grande ponto para a reflexão aqui proposta.

3. O paradigma do humor: liberdade de expressão e o Stand up comedy

Diante das premissas estabelecidas nos tópicos anteriores, o foco adiante será esclarecer e analisar especificamente uma das formas de humor mais populares do século XX. É o Stand Up Comedy ou Comédia Stand Up.

Esse tipo atividade artística possui algumas características peculiares. Trata-se de um modelo de entretenimento humorístico no qual um indivíduo sobe ao palco desprovido de quaisquer apetrechos, objetos ou maquiagem. Também não faz parte a interpretação de personagem. Esses espetáculos desenvolvem-se com base em uma retórica argumentativa na qual o humorista conta casos do cotidiano sobre os quais as pessoas se identificam e relacionados à política, sexualidade, esporte, personalidades entre outros.

Na verdade, é um espetáculo que tenderia a um monólogo se não fosse pelas reações que são, naturalmente, esperadas pelo público em espetáculos de humores, quer dizer, o humorista sabe a aceitação do seu discurso a partir da resposta dada pelo público.

Na página virtual específica do movimento no Brasil, constam 4 regras que determinam a classificação de um espetáculo como sendo de Stand Up Comedy, são elas: "é proibido o uso de maquiagem; de figurino; de cenários elaborados; ou de efeitos de som."

Ou seja, trata-se de um espetáculo intitulado de "cara limpa". É importante dizer que esses espetáculos tornaram-se bastante populares, também, devido ao baixo custo de produção, pois pouca preparação material é necessária para a sua realização. Como a referida fonte esclarece: "Tudo o que você precisa é de um palco; um microfone; um banquinho; e o tal comediante criativo (que acaba às vezes tomando o papel de técnico e produtor, além de diretor e roteirista)."

Sobre a origem e as características do Stand Up, Stebbins esclarece:

> Stand-up comedy é a arte, desenvolvida inicialmente nos Estados Unidos, de diálogo cômicos apresentado diante de uma plateia. A conversa, em si, é memorizada e, hoje, geralmente expressada em uma forma espontânea de conversação, como se o artista estivesse falando com amigos. Embora a conversa tenda a ser unilateral, pode haver interação entre artista e público, algo que o primeiro não quer sempre. Muitas vezes, o conteúdo verbal é aumentado com uma variedade de detalhes teatrais, como figurinos e adereços especiais, grunhidos, roncos, e uivos, movimentos corporais e gestos faciais. O ato típico consiste de anedotas, piadas narrativas, one-liners e curtas descritivos, monólogos, que podem ou não estar relacionadas.

De fato, espetáculos de entretenimento dessa natureza ganharam popularidade no Estados Unidos e foram irradiados para vários lugares do mundo, em grande razão pelas próprias circunstâncias formais e materiais do espetáculo.

É interessante notar que o humorista nesse tipo de espetáculo depende de uma retórica muito bem construída e um poder de improvisação

que lhe permita mudar o contexto dos temas cotidianos sem perder a graça e, sobretudo, a atenção do público. Pode-se dizer que:

> Stand-up comedy é um discurso retórico inerente, que se esforça não só para entreter, mas para persuadir, e comicidade do stand-up só pode ser bem sucedida em seu propósito, quando eles podem convencer o público a olhar para o mundo através de sua visão cômica.

Levando em consideração as características de uma apresentação dessa natureza, pode-se compreender a razão de alguns atos tornarem-se tão polêmicos. Isto é, na medida em que se concebe um discurso que depende, especialmente, do potencial improvisador do interlocutor lidando com assuntos do cotidiano, é provável que as mensagem por ele transmitidas nem sempre sejam recepcionadas por sua audiência da maneira que se espera. Porém, há casos em que a própria apresentação se propõe a levantar temas delicados sem quaisquer tipo limitações. Essa é a proposta do "Proibidão Stand Up Comedy", que se ocupa eminentemente de temas como negros, homossexuais, pessoas obesas, deficientes físicos, mulheres.

A palavra que impera em uma pesquisa rápida sobre tal espetáculo é a liberdade. Isto é, nas apresentações as pessoas que desejam participar da plateia precisam assinar um termo no qual se declaram cientes dos temas de piadas a serem apresentados no show. O termo tem o seguinte padrão:

> Eu, ___ portador do RG_____ e CPF ____, declaro estar ciente que o show "Proibidão do Stand Up" abordará temas pejorativos, piadas de baixo calão e com teor preconceituoso, tendo em vista que serão piadas que buscam o entretenimento e liberdade, e não ofensa dos seres envolvidos.
>
> São Paulo ___ de ____ de 2012.
>
> Ass. _______

Muito embora possa-se examinar a validade jurídica de tal termo, esse não é o escopo desse trabalho e, para tanto, tal análise seria inócua.

O cerne da exemplificação por intermédio do espetáculo ocorreu na sua estreia, em que várias anedotas e comentários sobre os temas listados acima foram feitos. O que mais chamou a atenção e repercutiu na grande

impressa foi uma colocação da seguinte natureza direcionada a uma pessoas negra que se encontrava no recinto:

A confusão ocorreu no momento em que o humorista Hamachi disse que não se pega Aids em relações sexuais com macacos e, em seguida, dirigiu olhares para o tecladista insinuando que mantinha uma relação com ele.

Diante do teor da narrativa e, principalmente, da concepção do espetáculo em fazer piadas sem limites, sobre quaisquer pessoas e de qualquer maneira é que se coloca a reflexão.

Sabe-se a liberdade de expressão é um dos alicerces do moderno Estado democrático de direito. Ela serve de jargão para a defesa dos mais variados tipos de discursos passíveis de produção. Porém, a partir da liberdade de expressão, qual é proporção de defesa de discursos que transitam em assuntos delicados e relacionados a direitos, ou ausência deles, preconceitos, dificuldades e apreensões reais vividas por um determinado grupo de pessoas?

É certo que a análise poderia tomar o rumo de exame acerca do conflito entre direitos fundamentais, teorias da colisão e ponderação. Porém, há dimensões em quaisquer conflitos entre direitos fundamentais que quase sempre são relegadas pelo Direito e o sistema jurídico. São dimensões anteriores à judicialização da questão.

A primeira, que pode ser, inclusive, evidenciada numa perspectiva após a judicialização do conflito, refere-se ao efeito simbólico que as piadas envolvendo as minorias ou pessoas em condições naturalmente desiguais na sociedade possuem sobre a audiência que as escuta. É certo que a elaboração de anedotas num espetáculo de Stand-Up pretende criar uma aproximação do ouvinte com o discurso do humorista. Quer dizer, não se trata, por exemplo, como no teatro convencional, de uma mera narrativa. Essa aproximação é levada a cabo na medida em que aquele que elabora a fala consegue atrelá-la a símbolos socialmente reconhecidos a partir de um

conjunto prévio de compreensões compartilhadas. Por isso, ligar a mulher a um indivíduo que dirige mal ou inferior em outros aspectos, o negro a um macaco ou alguém fedido, o homossexual a uma figura espalhafatosa, o deficiente físico a situações nas quais ele é limitado por sua condição natural faz sentido entre os interlocutores.

Esse conjunto de compreensões existem, certamente, desde muito antes de serem ditas nessas piadas. E isso é um pressuposto para elas funcionarem. Significa, então, que o conjunto simbólico por traz dessas representações sociais está inserido no imaginário social. Contudo, por serem consideradas questões delicadas (tanto quem elabora/faz piada como quem a escuta tem ciência disso) não gozam de um status de permissividade social.

É evidente que, por força da linguagem, conforme as premissas do primeiro tópico deste ensaio, a simbologia dos discursos que envolvem essas situações transcendem o ambiente no qual elas são realizadas.

Poderia se dizer que tais piadas possuem apenas um caráter jocoso ou de efeito humorístico que não contém a real intenção de degradar quaisquer pessoas. Não é um argumento errado, mas que se utiliza de uma premissa deturpada. A tendência é que se tratem tais discursos como sendo apenas formalmente simbólicos, isto é, que não produzem efeitos concretos. Do ponto de vista do potencial alcance que a linguagem atrelada à liberdade de expressão têm, esse é um pressuposto equivocado.

A dimensão simbólica das expressões possuem efeito concretos sobre os indivíduos aos quais elas são direcionadas. Isso porque o simbolismo não pode ser tratado apenas como um fenômeno abstrato. “Mais real que o real, o simbolismo”. Nesse sentido, “a dimensão simbólica é aquela que faz parte do empírico, mas que não é material. Contudo, apesar de não ser material, ela é igualmente empírica (...)”. Além disso, ela é “tão concreta quanto a material, sendo passível de apreensão com a mesma objetividade das evidências materiais (...).”

A partir dessa premissa de que os símbolos são mais reais do que aquilo que simbolizam é que se torna necessário refletir sobre o potencial do alcance desses discursos. Isso significa que o efeito desses discursos transcende a mera intenção de diversão daquele que o profere, ou seja, ele é levado, em última razão, ao seu resultado máximo ao produzir um efeito concreto sobre as pessoas, sejam elas alvo desses discursos ou apenas ouvintes. E o campo do Direito, ao analisar a liberdade de expressão, não pode deixar de levar em consideração esse panorama.

A outra dimensão refere-se à própria concepção, erroneamente naturalizada, sobre democracia, igualdade e liberdade. Quer dizer, a partir dos preceitos democráticos expostos nos tópicos anteriores, e que pressupõe a igualdade e liberdade, a descrição fática precisa ser reexaminada.

Eminentemente, a ideia de incensurabilidade do discurso pertence ao mundo jurídico moderno e ocidental herdeiro do legado liberal. Todos os discursos sociais são e sempre foram censurados de alguma maneira, sempre tiveram intrinsecamente em sua natureza um grau de proibição que serve de baliza para a reprodução ou não de tais discursos. Essas proibições, apenas em pequenas medidas, são reproduzidas pelo Direito.

Esta segunda dimensão, portanto, pressupõe a existência de pressupostos democráticos que possibilitam aos indivíduos agirem mais embasados por um conjunto de valores morais e sociais do que com fundamento nas leis estritamente.

Significa dizer que, a partir de pressupostos democráticos compartilhados socialmente, seria esperável que esses discursos pudessem produzir a sua própria proibição tácita na medida em que estivessem claros os pressupostos democráticos de do Estado que, segundo José Afonso da Silva, funda-se no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação essa que não pode se exaurir na mera formação de instituições representativas.

O problema desse raciocínio não está em sua lógica interna, mas no seu pressuposto. Isto é, parece que a incapacidade da sociedade em produzir uma proibição desses discursos antes que eles sejam judicializados, sugere um problema acerca das bases dos ideais democráticos, a igualdade e liberdade.

Aliás, vale ressaltar especificamente com relação ao Proibidão Stand-Up que logo após a situação ocorrida e descrita, a apresentação imediatamente posterior ganhou mais ainda o apreço do público, conforme noticiado pelo site folha.com.

Esse é um resultado que parece indicar que não estão muito claros os valores de respeito àqueles preceitos da democracia em seu sentido material indicados nos tópicos anteriores. A democracia parece, então, ser levada a cabo apenas no seu sentido formal, uma vez que a participação popular não leva em consideração a perspectiva de defesa dos direitos individuais e a observância das reais, simbólicas e concretas perspectivas das minorias.

O ideal democrático representa, sobretudo, um ponto de partida essencial na formação do pensamento de uma determinada sociedade, que escolheu esse ideal como sua forma de organização. A própria ideia de um “Proibidão Stand-up” traz em si intrinsecamente a ideia de proibição de um discurso que, em tese, não seria proferido em qualquer ambiente. Entretanto, deve-se considerar que o fato de se produzir um discurso, que não seria proferido em qualquer ambiente, em um ambiente reservado não torna esse discurso democrático ou adequado aos pressupostos democráticos de respeito às minorias e garantia dos direitos fundamentais.

É preciso ter cautela nos discursos ávidos por efetivar a liberdade de se expressar acima de todas as coisas. Seria como se pudesse a imaginar a situação de um indivíduo que viola diretamente o direito de outrem, mas ao mesmo tempo lhe pede: “Ah, não leve a sério. Tudo não passa de uma brincadeira!” ou “Isso é natural, não leve a mal”. A história dos direitos fundamentais e, especialmente, da liberdade de expressão evidencia que vários discursos produzidos nas sociedades e considerados como naturais à

época serviram para oprimir, reprimir e comprimir realidades diversas àqueles discursos produzidos, reforçando a posição marginalizada dos alvos desses discursos.

Portanto, os pontos aos quais se pretendia chegar neste artigo chamam a atenção para o panorama de que os conflitos existentes entre a produção de discursos e a recepção desses por sua audiência envolvem uma dimensão anterior e não-jurídica. Apenas posteriormente é que os discursos se transformam em liberdade de expressão e, portanto, tuteláveis pelo sistema jurídico. Entretanto, o campo do Direito, ao resolver uma eventual colisão entre direitos fundamentais, sendo um deles a liberdade de expressão, precisa levar em consideração que tais conflitos possuem uma dimensão simbólica, mas concreta e empírica que, certamente, é capaz de influir na regulação vida em sociedade (objetivo do Direito) de maneira muito mais eficaz do que a força formal de uma decisão judicial.

CONCLUSÃO

> "Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governante autoritário, mas seriam desastrosos para uma democracia."

A importância que goza a liberdade de expressão nos modernos Estados Democráticos de Direito é inquestionável. Também não é de se questionar que uma vez estabelecidos os preceitos democráticos, a liberdade de expressão demanda uma atenção diferenciada do Estado e da sociedade, pois ela funciona como pressuposto jurídico da transmissão de ideais, críticas e informações.

Dessa maneira, viu-se que a liberdade de expressão possui uma perspectiva anterior à positivação de dizeres no âmbito legal. Tal perspectiva é constituída pela dinâmica de elaboração dos discursos de infinitas naturezas.

É evidente que uma vez traduzida em linguagem jurídica, a elaboração dos discursos é alçada a um patamar de especialidade na estrutura do Estado. Para tanto, ficou claro que o constitucionalismo e a democracia

exercem papel fundamental nesse reposicionamento de relevância dos discursos.

Não se pode deixar de levar em consideração que em um contexto de mundo globalizado, no sentido de encurtamento de distâncias de comunicacão e informação e consequentemente de obras artísticas ou espetáculos humorísticos, é preciso que essa liberdade seja elevada a um outro patamar de discussão. Um patamar que tenha especialmente uma observância atenta aos princípios democráticos e respeito às minorias com respeito à dignidade das pessoas.

Logo, a adequação do que se entende acerca da liberdade de expressão numa sociedade precisa estar em sintonia com aquilo que se depreende do texto de uma Constituição. Para lembrar Lassale, uma constituição escrita precisa ter o seu fundamento na constituição real que, por sua vez, se fundamenta nos fatores reais de poder. A partir dessa ideia, então, a liberdade de expressão é uma liberdade que ganha releituras compreensivas e substanciais no decorrer e evolução de um tempo. Consequentemente, a jurisdição constitucional precisa aprender a produzir significados para a liberdade de expressão a partir do momento que ela está ligada diretamente a um contexto histórico concreto.

Parece claro que a democracia fornece preceitos hábeis para se encarar conflitos entre pretensões de direitos e é a partir deles que a resolução desses conflitos é levada a cabo pelo poder judiciário quando provocado. Entretanto, deve-se ressaltar que num plano anterior a judicialização desses conflitos, a democracia padece de um déficit compreensivo profundo. Isso porque parece que os preceitos democráticos substantivos não são dotados de clarividência entres os cidadãos do Estado brasileiro.

Além disso, há uma outra dimensão na produção dos discursos humorísticos, em especial aqueles elaborados em comédias de Stand Up, que é esquecido por quem o produz e, muitas vezes, pela própria discussão jurídico-doutrinária da liberdade de expressão. É a dimensão simbólica que,

como se viu, assume um viés não apenas formal, mas, sobretudo, real, concreto e empírico na produção de significados a partir de discursos de entretenimento bem elaborados e lastreados na liberdades de expressão.

Portanto, no eterno embate entre a liberdade de expressão, seja ela artística ou não, e os demais direitos fundamentais filhos do Estado liberal com a democracia, será necessário repensar os paradigmas de análise nas resoluções de conflito, na medida em que tais conflitos perpassam o mundo jurídico. Ou melhor, os conflitos antecedem o mundo jurídico, produzindo efeitos reais no âmbito social, mitigando bandeiras e estandartes que são o sustentáculo do Estado moderno: a democracia e o respeito aos direitos individuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Revista de Direito Privado, São Paulo, n. 18, p. 105-143, abril/junho. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERGER, P.; BERGER, B. Socialização: como ser um membro da sociedade. In: FORACCHI, M. M. e MARTINS, J. S. Sociologia e Sociedade: leitura de introdução à Sociologia. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1997. p. 206.

CALAZANS, Paulo Murillo. A liberdade de Expressão como Expressão da Liberdade. In: Temas de Constitucionalismo e Democracia. Org. José Ribas Vieira, 2003, p. 82.

CANOTILHO, J. J. Gomes; e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 572.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. O Ofício do Antropólogo, ou Como Desvendar Evidências Simbólicas. Anuário Antropológico/2006, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. p. 9.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAHL, Robert Alan. Sobre a democracia. Tradução Beatriz Sidou. Brasilia: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 68.

DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUMONT, Louis. Homo hierarchicus: o sistema de castas e suas implicações. São Paulo: Edusp, 1992. p. 57.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 127.

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. São Paulo: Loyola, 2008. p. 8.

GREENBAUM, Andrea. Humor - International Journal of Humor Research. Volume 12, Issue 1, pages 33-46. ISSN (print) 0933-1719, DOI: 10.1515/humr.1999.12.1.33, July, 2009. p. 33.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF. In: Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 394.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149.

MILL, John Stuart. A liberdade; Utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 29.

RICKEN, Janete B. Liberdade de Expressão e de reunião e a posição de precedência. In: Grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília, 2012. Artigo aguardando publicação.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de Espressão e o Problema do “Hate Speech”. In: Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42.

SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico, In: A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

SMITH, Stephen A. “Humor as Rhetoric and Cultural Argument.” Journal of American Culture 16.2 (Summer 1993): 51-63. MLA International Bibliography. EBSCO. L.P. Hill Library, Cheyney, PA. 11 September 2007. <http://navigator-cheyney.passhe.edu /login?url=http: //search.ebscohost.com /login.aspx ?direct=tr ue&db=m zh&AN=1993061128&site=ehost-live>. p. 51.

STEBBINS, Robert A. The laugh-makers: stand-up comedy as art, business and life-style. Québec: McGill-Queen`s University Press, 1990. p. 3

SUSTEIN, Cass. The partial Constitution. Harvard University Press, 1998.

VIEIRA. Hector L. C. Os entraves de aplicação das normas universais de Direitos Humanos frente às particularidades culturais. 2011. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Distrito Federal.

Fontes Virtuais

www.standupcomedy.com.br/stand-up. Acesso em 20 agosto. 2012.

http://ultimosegundo.ig.com.br/cultura/opiniao-proibidao-do-stand-up-tenta-fazer-graca-com-humor-chulo/n1597700805552.html. Acesso em 20 de agosto, 2012.

http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1061675-show-com-piada-racista-termina-em-confusao-na-zona-sul-de-sp.shtml. Acesso em 15 de junho 2012.

http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1064985-apos-confusao-segunda-edicao-do-proibidao-tem-plateia-lotada.shtml. Acesso em: 14 de agosto, 2012.

A ESCOLHA DO MÉTODO E O RESULTADO POSSÍVEL: A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E A VIRADA DE JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MATÉRIA DE FIDELIDADE PARTIDÁRIA NO SISTEMA PROPORCIONAL

Luiz Garibali Introcaso[113]
10.11117/9788565604093.07

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de demonstrar, a partir do precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 26.604 – que tratou das repercussões jurídico-constitucionais do ato de infidelidade partidária do parlamentar eleito em sistema proporcional –, a presença de elementos de convicção racional nas decisões judiciais que poderão variar de acordo com a carga pré-compreensiva de cada julgador em relação ao direito constitucional positivado, o que pode conduzir ao levantamento de premissas distintas de compreensão e, desse modo, ao condicionamento dos resultados possíveis a que cada um pode chegar.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Pré-compreensões; Método; Resultados possíveis.

Abstract: By analyzing the brasilian Supreme Court's leading case stablished on Mandado de Segurança nº 26.604 – which examined the constitutional effects of the partisan infidelity conduct of a congressman elected on a proportional basis –, this paper's objective is to demonstrate the existence of some rational convincement issues on judicial decisions that can change depending on the pre-comprehensive view that each judge has about the positive constitucional law, what can lead to the choice of different rational premises and, therefore, to different possible results that each one can achieve.

---

113 Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Analista Processual do Conselho Nacional do Ministério Público.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Law pre-comprehension; Method; Possible results.

O processo de formação das decisões e seus pontos de partida

A razão fundamental deste tópico reside na necessidade de se compreender que todo o pesquisador que se propõe a analisar textos normativos e decisões judiciais em matéria constitucional – que nada mais são do que um momento pós-legislativo de criação, atuação e atualização do direito –, deve ter ciência de que o universo contextual de criação legislativa e de criatividade jurisprudencial escapa, em alguns momentos, da estrita esfera jurídica do parâmetro normativo positivado. Afirmar isso é dizer que, em Direito Constitucional: o legislador que ergue, através de atos normativos com caráter primário, o ordenamento jurídico positivo, e o magistrado que cumpre diariamente seu dever de realizar o Direito nos processos submetidos à julgamento, não são máquinas programadas para rodar um conteúdo constitucional de antemão já cristalizado. Eles são atores que interagem com o texto normativo da Constituição, a ela emprestando suas visões de mundo e dela extraindo soluções a serem mobilizadas para seus respectivos instrumentos de trabalho: a lei, o acórdão e a sentença. Tais instrumentos de exercício do poder retratam um prévio processo de escolhas feitas pelas autoridades que os assinam.

A Constituição é um documento histórico, político, jurídico, social, econômico e cultural. Ela não se realiza automaticamente, nem mesmo somente com base em silogismos puramente jurídicos, pois as instâncias de Estado trabalham com a lógica de inúmeras ciências humanas, exatas e sociais aplicadas (HESSE, 1991). Na medida em que o Direito Constitucional passa a absorver este pluralismo de leituras da realidade, questões controversas, sem solução jurídica imediata – em função do esgotamento do ordenamento jurídico escrito como fonte exauriente de regras suficientes a envolver, com suas fórmulas gramaticais gerais, impessoais e abstratas,

todas as situações da vida, mormente as conflituosas –, passam a compor o número de matérias suscetíveis de serem apreciadas pelo Poder Judiciário, cujas portas escancararam-se, no Brasil, após a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, seja para o cidadão que socorre ao Direito e aos Tribunais individualmente ou coletivamente para a tutela de direitos e posições jurídicas, seja para autoridades e órgãos da soberania constitucional para provocar, em ação direta, processo objetivo e aberto (HÄRBELE, 1997), o órgão de jurisdição constitucional autônoma114.

A Constituição, portanto, é a fonte normativa primária do ordenamento jurídico nacional e recebe os olhares de diversos atores institucionais que visam a mobilização das estruturas que dirigem para a consecução de determinados fins, os quais, certamente, devem guardar coerência com o que recolhido da leitura constitucional. Com efeito, a Constituição é o mesmo e único documento que servirá de parâmetro a legitimar a produção seja de atos legislativos, de governo ou jurisdicionais.

A tradição doutrinária e constitucional do princípio da separação de poderes[115] reserva ao Poder Judiciário um acesso argumentativo à Constituição mais rigoroso do que aquele destinado aos demais Poderes. O magistrado não tem liberdade de voto, de opiniões e palavras como os parlamentares, que podem manifestar decisões não-fundamentadas, oriundas apenas da intimidade e da consciência, e que podem, sem peias, dizer: “Voto com minha consciência e isso me basta!”. Ao revés, o magistrado deve lançar, por escrito, os argumentos, as razões e as causas que motivaram sua decisão, sendo que também está obrigado a lastrear a sua convicção nos textos do ordenamento jurídico positivado (BARROSO, s.d). É, nesse compasso, uma distinção tanto de legitimação como de metodologia do processo de decisão (CANOTILHO, s.d).

---

114 Sobre a formação europeia de jurisdição constitucional autônoma, cf. COSTA, José Manuel M. Cardoso. *A Jurisdição Constitucional em Portugal.* 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007. Do mesmo autor: *Constituição e Justiça Constitucional*. Boletim da Faculdade de Direito. *STVDIA IVRIDICA* nº 92, AD HONOREM – 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

115 Sobre o assunto, por todos, cf. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

O rigor mais acentuado do discurso típico do campo jurídico, que deve trabalhar apenas com a lógica da justeza do raciocínio e da decisão normativa (proibição do *non liquet)*[116], nasce da maior proximidade que a atuação do poder jurídico do Poder Judiciário estabelece com a imagem da Justiça. A Justiça, como ideal de perfeição, deveria oferecer, por ser justa e correta, uma única solução possível para os complexos desentendimentos próprios da vida humana. É despiciendo dizer que este ideal não almeja enquadramento em teorias da argumentação judicial prática como fórmula possível de ser atingida no mundo em que vivemos, pois a pluralidade e relatividade dos pontos de vista ínsitos a cada ser humano é um dado já capturado pelas modernas teorias da argumentação jurídica, em que se destaca, por exemplo, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy[117], que se funda, primorosamente, na formação de um processo de harmonização de posições jusfundamentais em conflito, sob as condições fática e juridicamente possíveis, e na construção de um sistema normativo-judicial de precedências condicionadas a orientar a evolução jurisprudencial de modo estável e intelectualmente exigente.

Nos tempos de Código, aquele ideal poderia até mesmo ser perseguido como algo cientificamente desejável aos olhos do positivismo-normativista. Nos tempos de Constituição Normativa (HESSE, 1991), tal raciocínio não encontra mais respaldo pois contraria a própria noção

---

116 Diversamente, o Poder Legislativo trabalha com a lógica das eleições, o que deveria significar um compromisso do parlamentar e do seu partido político em cumprir com seus programas eleitorais, a fim de conquistar a confiança dos seus **atentos** mandatários, em vistas à reeleição e pemanência no poder. Em concreto, suas escolhas são compostas muitas vezes por elementos advindos da força de pressão dos lobbies e da imprensa, não refletindo a antecedência de processos de discussão baseados no convencimento racional, mas na lógica do consenso possível **ou mesmo da não-decisão**, podendo **inclusive** cair em **descumprimento da Constituição por omissão**. Não é verdade que o Legislativo não esteja obrigado a legislar, ele está sim nos termos da Constituição, que pode mesmo perder eficácia devido à letargia legiferante. O que é verdade é o fato da inexistência de mecanismos jurisdicionais que possam compelir o legislador a legislar, dando lugar às chamadas decisões intermédias, entre as quais as de efeito aditivo e de apelo ao legislador. Por sua vez, em síntese, o Poder Executivo deve trabalhar com a lógica do cumprimento eficiente de programas e metas, do bom aproveitamento dos recursos públicos e da concreta satisfação do interesse público previsto na Constituição e nas leis do país.

117 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Trad.) Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

contemporânea de Constituição, como um sistema aberto de regras e princípios (CANOTILHO, 2007, p.1159). A centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, espaço antes ocupado pelos Códigos, implicou uma mutação radical nos métodos de leitura com que os aplicadores do Direito passaram a ter de lançar mão para estudá-lo.

Antes era fácil supor que – uma vez presente no ordenamento jurídico uma solução pronta e adequada ao caso jurídico posto – ao magistrado não cumpriria a tarefa de trazer para sua decisão algo novo, inédito, que já não estivesse previsto no direito objetivo. O ponto de partida e de chegada da decisão judicial seria, em termos, o próprio direito objetivo. Não era comum falar-se em princípios, senão como método secundário de integração dos vazios regulativos, nem em cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados (espaços semânticos e normativos abertos). O ponto de partida e a âncora da segurança jurídica encontravam-se na letra das leis, supondo-se nela um conteúdo normativo diretamente relacionado ao seu sentido literal (FREITAS, 2011). Hoje, no Brasil, em que vige um Estado Constitucional, Humanista (BRITTO, 2007) e de Direito Democrático, esse pressuposto argumentativo não é mais possível de ser encarado como dogma, consiste apenas em uma das diversas ferramentas interpretativas existentes para que da navegação no oceano constitucional sejam obtidos peixes.

Talvez, mesmo no paradigma positivista-normativista, a efetivação prática do cânone *in claris cessat interpretatio* fosse difícil de acontecer, afinal dogmas não precisam ser concretizados para serem acreditados. Poderia facilmente ser utilizado como um argumento conclusivo de autoridade, para fechar a questão e encerrar discussão. Ora, hoje compreendemos que o “claro” para alguns, é “cinza” ou “escuro” para outros. Uma conclusão argumentativa hoje só é clara se seu processo explicativo racional for considerado razoável pelo restante da comunidade. A distinção, por conseguinte, dos paradigmas histórico-jurídicos citados não está, assim entendemos, na chance real de ocorrerem casos de interpretação

dispensável, por serem claros, mas sim no atual reconhecimento de sua impossibilidade ideal. É, em suma, o dever de fundamentar substancialmente considerado.

A letra da Constituição é axiológica, semântica e normativamente aberta (DANTAS, 2005). O texto escrito da Constituição está pleno de disposições que carregam caríssimos ideais humanos, históricos e fundamentais, intraduzíveis, em sua plenitude, apenas nas disposições grafadas da Constituição.

O ponto de partida textual do intérprete constitucional já é, em si, um elemento de potencial **insegurança** jurídica, justamente por comportar, no processo de sua composição compreensiva, mesmo literal, diferentes posições discursivas igualmente válidas e possíveis. Nesse contexto, a segurança jurídica somente será capaz de substituir a insegurança significativa do objeto por meio da busca de estreiteza e racionalidade do discurso, em que são vedados os argumentos monossilábicos.

O processo de decisão judicial, mesmo mais rigoroso sob a óptica da certeza científica, não escapa à necessária cooperação integrativa do intérprete no processo de revelação das normas jurídicas possíveis de serem vistas a partir do texto constitucional. Na matéria, Neves (1993, p.29-30) ensina que:

> … Em terceiro lugar, e tendo a ver directamente com a identificação estrita do direito com um pressuposto «direito positivo», … não pode deixar de reconhecer-se que esse direito positivo só por si não oferece quer os critérios, quer os fundamentos normativos-jurídicos exigidos pela realização do direito. Já a nível imediatamente hermenêutico se verifica que a interpretação jurídica não pode prescindir da referência a factores ou a elementos normativos extratextuais e transpositivos, sejam eles valores, interesses, «a natureza das coisas», critérios ético-sociais, etc., de tal modo que se haverá de concluir … [que] «cada interpretação representa uma associação de *lex scripta* e *ius non scriptum*, a qual unicamente cria a própria norma positiva» …. E, mais importante ainda, o processo global da concreta realização do direito revela iniludíveis limites normativo-juridicamente objectivos, intencionais, temporais e de validade nesse pressuposto direito positivo que impõem à realização do

> direito uma indispensável e contínua convocação, já de modo reconstitutivo, já de modo autonomamente constitutivo, de critérios e fundamentos normativo-jurídicos transpositivos para o adequado cumprimento da sua tarefa judicativa ….

Considerados tais pressupostos cognitivos para a interpretação do Direito em geral, *a fortiori* veremos no domínio do Direito Constitucional, caracterizado pela marcante presença de princípios normativos, por alguns denominados *standards* jurídicos (CANOTILHO, 1991), que manifestam força jurídica não-definitiva, mas normogenética. Com efeito, os princípios não manifestam mandatos definitvos de comportamento, como o fazem as regras jurídicas, mas sim feixes de variações comportamentais à guisa de uma aquarela que possibilita a combinação quase infinita de cores. Não determinam em definitivo, mas *prima facie* (ALEXY, 2008, p.103). Como bem ensina Canotilho (2007, p.1132), "*o* corpus *constitucional é constituído não só pelo texto constitucional mas ainda por outros materiais normativos não formalmente integrados no texto da Constituição*".

O processo de integração de lacunas, antes tido por exceção, passa a constituir regra de trabalho do hermeneuta constitucional, muito devido à porosidade normativa do ordenamento, ultrapassando assim o paradigma da plenitude normativa através de regras jurídicas. Na brilhante lição de Neves (1993, p.25-26):

> Só a ordem que tem força conformadora da realidade… é direito, e a ordem ideal, que não possui essa força, não preenche esse elementar pressuposto do conceito de direito.
>
> E é isto o que o nosso momento histórico-jurídico nos permite particularmente compreender, porque… contra o normativismo legalista que o positivismo jurídico assumiu, sabemos hoje 1) que o direito realizando não o temos todo, nem intencionalmente, nem extensivelmente, na normatividade prévia e dogmático-prescritivamente positivada e 2) que a realização do direito não se esgota na simples aplicação das prévias e positivas normas jurídicas (*v. g.*, as normas legais), já que a problemático-judicativa decisão jurídica concreta só é possível mediante específicas **dimensões normativas e constitutivas que essa mera aplicação não considera** – dimensões que manifestam assim na realização problemático-judicativa uma **mediação normativa juridicamente constitutiva** entre a norma (a

> normatividade positivamente pressuposta) e a decisão concreta, e obrigam distinguir entre realização do direito e a mera aplicação de normas (jurídicas). **(negritos nossos)**

Nesse entendimento, será bastante natural que, no exercício da jurisdição constitucional, os atores envolvidos no processo de revelação conteudística da Constituição tenham de iniciar o discurso argumentativo com base em pré-compreensões conceituais e históricas acerca dos elementos constitucionais previamente selecionados para servirem de fundamento jurídico-positivo às suas convicções. Na mesma sorte, será habitual ao exercício da jurisdição constitucional deparar-se com situações de conflito normativo cuja solução jurídica não está previamente disciplinada no ordenamento constitucional, senão em forma de princípios. Destarte, o argumento da ausência de expressa disposição normativo-textual que aponte a precisa extensão, o alcance e as consequências jurídicas das condutas humanas não implica, automaticamente – como ocorre por princípio na seara das normas punitivas –, ausência de repercussão no mundo jurídico cognoscível pela via interpretativa.

Logo, o ponto de partida da compreensão constitucional pode, em inúmeras ocasiões, não residir exatamente na literalidade das disposições grafadas no texto, porém antes nas pré-compreensões que o intérprete traz em sua intimidade acerca do tema a decidir, assim como, em tantas outras vezes, pode aflorar de uma prévia percepção e sentimentalização do caso sob as vistas do intérprete. Como bem ensina Canotilho (2007, p.1210):

> [a] questão do "método justo" em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística. No momento actual, poder-se-á dizer que a interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares.

Ciente dos elementos que precedem um ato de estudo, explicação e revelação do Direito e dos problemas metodológico-jurídicos que deles

podem surgir, Canotilho (2001, p.7-11), com singular brilhanteza, pontifica que:

> Os trabalhos sobre temas jurídico-constitucionais revestem-se hoje de particulares dificuldades. Isto resulta, em primeiro lugar, da *crise de autocompreensão* da ciência do direito.
>
> Se na década de cinquenta o *leit motiv* dos juristas foi a «crise do direito», nos finais dos anos sessenta e na década de setenta o problema central passou a ser a «crise interna» da «autocompreensão do direito». Mas se a problemática da «crise do direito» conseguiu que se fundasse em torno dela uma espécie de «religião académica» – o antipositivismo –, já as discussões filosófico-jurídicas, teorético-jurídicas, metodológicas e metódicas sobre a «compreensão» do direito estão longe de ter chegado ao «relativo consenso», próprio de uma «doutrina» ou «teoria» dominante. O fenómeno é particularmente visível no direito constitucional: constata-se a falta de uma «teoria da constituição» dominante e procura-se com denodo o arrimo de uma «teoria da interpretação constitucional» e de uma «metódica jurídico-constitucional».
>
> … a teoria da constituição e a doutrina do direito constitucional não puderam, como é natural, furtar-se à «crítica» e ao debate ideológicos. **Abandonada a «pré-compreensão comum» da «comunidade jurídica raciocinante», o jurista constitucional revela profunda insegurança na identificação dos seus *topoi* argumentativos** e envolve-se nas discussões fundamentais da ciência jurídica das últimas duas décadas: questiona os problemas da «legitimação» e do «consenso», oscilando entre as múltiplas propostas sugeridas neste complexo tema («legitimação através do processo», «legitimação através dos resultados», «legitimação através da lei”); sente o isolamento dos jurisconsultos perante o «impacto cientista»; enfrenta as pressões da filosofia analítica e da teoria da linguagem; toma partido nos debates sobre a hermenêutica, a dialéctica e o racionalismo crítico; procura uma «nova retórica» que lhe ilumine semioticamente a linguagem constitucional: enfim, no mundo da direcção e da cibernética, começa, de forma incipiente, a encarar o **problema da substituição ou complementação de uma «teoria da norma» a favor de uma «teoria da decisão»**.
>
> A este leque de questões (o elenco foi meramente exemplificativo) acrescem problemas especificamente constitucionais. **O mais importante deles é um verdadeiro problema de «alternativa» ou de «mudança de paradigma». Ao «esquema de artifícios técnico-jurídicos» do Estado de Direito burguês (liberal), assente em pressupostos específicos, não se sucedeu uma construção racional do Estado Democrático**

> **Constitucional**. Daí que … se procura um regresso ao Estado e à sociedade (perdidos!), tentando-se a compreensão do Estado e da sociedade através do *instrumentarium* liberal, ou se considera a constituição inserida na «utopia concreta», descurando os problemas de «racionalização» e de «situação», inerentes ao «projecto» de uma «constituição temporalmente adequada». A própria construção organizatória do Estado e a sua «referência» social se tornaram temas resvaladiços, faltando um Montesquieu, um Marx e um Weber para lhes descobrirem o «espírito». Exemplo disso é a divisão de poderes. Este princípio, que já no seu tempo era mais um «modelo» que «uma realidade constitucional», tinha, pelo menos, o mérito de localizar o problema da arrumação de forças e poderes nas questões de competência; **hoje, desde o «dinamismo do direito judicial» e do «estado de juízes» até à «aplicação hermenêutica», parece pretender-se transformar problemas de «competência», «responsabilidade», «decisão» e «controlo» políticos em meras questões de «interpretação-concretização» e de «produção jurídica».**
>
> … Pelo rastreio temático que, a título exemplificativo, se acaba de fazer, **verifica-se que o «mundo ambiente» condiciona decisivamente os problemas jurídico-constitucionais**. Abordar no presente trabalho, *ex professo*, a globalidade das questões «insinuadas» ou «sugeridas», é materialmente impossível e correria os riscos de uma «acientífico diletantismo». Todavia, grande parte das «teses» a defender não dispensa um enquadramento teorético-jurídico e teorético-político que, não podendo constituir o tema central da análise, vai assumir o «carácter» de «explicitação» da «pré-compreensão constitucional**». O desejo de conferir à investigação uma «posicionalidade» constitucional autónoma e de não a onerar com discussões laterais (embora importantes) justifica também a opção por uma «tematização» prévia das «pré-compreensões» subjacentes ao «compreender constitucional» de per si.**
>
> **Tudo se passa como se o "mundo ambiente" da constituição nos surgisse como problema primeiro do "compreender"**, ao mesmo tempo que se tenta evitar a carga metafísica dos "pontos fixos" e clarificar apenas os pontos de partida. **(negritos nossos)**

O fenômeno da "crise da ciência do direito", em tudo associada ao que se chamou "crise da lei", muito bem percebida por Soares (1969; 1986) e Saraiva (2009), é um fenômeno particular inserto numa realidade maior de mudança de paradigmas globais que teve lugar ao longo do século XX.

Marcante exemplo disto é o que se passou no campo da Física. As leis newtonianas, pacificamente aceitas como padrão de conhecimento do mundo das coisas, retratava uma física retilínea, padronizada, em que as coisas, inclusive os átomos – posteriormente melhor conhecidos, deveriam se comportar de um modo obediente e previamente regulado, em que cada coisa estava devidamente em seu lugar, mediante comportamentos pré-destinados. A sociedade também buscava se comportar assim, com a estratificação das classes sociais, cada qual dentro dos limites de sua colocação comunitária.

A física da relatividade e das partículas reviu profundamente a organização do mundo das coisas. Comportamentos padronizados e previsíveis não marcam mais a vida, notadamente das partículas subatômicas (que sofrem, inclusive, a interferência do observador como elemento de alteração do seu comportamento), abrindo caminho a um mundo de infinitas possibilidades de eventos e combinações. Com efeito, a relatividade consiste precisamente na recolocação do sujeito que observa para cima do palco de eventos como elemento determinante das verificações entretanto extraídas. Logicamente, o mesmo fenômeno repercutiu no domínio da linguagem, que não mais é capaz de aprisionar integralmente a realidade – sempre muito mais rica – em seus signos informativos. De outro modo, pois, não poderia ter acontecido com o Direito. O texto normativo não mais opera unidirecionalmente, mas difusamente; sua univocidade de sentidos cede lugar à plurissignificabilidade dos termos em contato com o solo da vida.

A “*insegurança* [dos hermeneutas da constituição] *na identificação dos seus* topoi *argumentativos*” de que nos fala Canotilho é visível em decisões judiciais. Um exemplo disto no espaço do Supremo Tribunal Federal, foi o recente julgamento da ADI nº 4.029, que tramitou sob a relatoria do Ministro Luiz Fux e que tratava da constitucionalidade da Lei nº 11.516/07 (lei que confirmou a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, mediante conversão da Medida Provisória nº 366/07).

O caso parecia oferecer uma solução jurídica muito simples, pois não demandava a incidência de princípios constitucionais e nem caracterizava um *hard case*; podia ser resolvido pela mera subsunção da regra constitucional que prescreve a obrigatoriedade de parecer de uma Comissão Parlamentar Mista como primeiro ato do rito de tramitação das Medidas Provisórias (CF/88, art.62, §9º) e a efetiva inexistência de tal parecer. Muito simples. Entretanto, proclamado o resultado, após provocação do Advogado-Geral da União, os Ministros do STF recordaram-se de que o exercício da jurisdição constitucional, sobretudo a concentrada, requer da Corte a apreciação de fatores não-puramente jurídicos que compõem o quadro normativo da Constituição, justamente para que a Corte mesma não incida em descrédito por proferir decisões inexequíveis, que desconsideram o plano da realidade no momento decisório. Intervir no funcionamento de outro Poder da República merece sempre profunda reflexão e todas as consequências devem ser ponderadas. Com franqueza, não podemos correr o risco de sermos dogmáticos demais e dizer que a Corte deve decidir de acordo com o Direito, como se de algo puro se tratasse. Agir de acordo com as consequências das decisões também é um dever da jurisdição constitucional, pois de outra coisa não se trata quando a “reserva do financeiramente possível” é utilizada como *ratio decidendi*.

Tudo considerado, podemos aferir que as pré-compreensões são novos pontos de partida admitidos no processo de argumentação racional – **mas que devem ser expostos para que haja fidelidade entre o sujeito do conhecimento e os destinatários das suas conclusões**. É com base nessas compreensões que iremos empreender uma breve análise relativa ao precedente firmado pelo STF no Mandado de Segurança nº 26.604/07 sobre fidelidade partidária e seu regime constitucional.

Breve olhar sobre o precedente fixado no MS nº 26.406

De modo a facilitar o cotejo que ora se fará, abordaremos, de um lado, o voto da Ministra Cármen Lúcia, relatora do processo, como representativa da corrente que fez maioria e que espelhou uma determinada corrente de pensamento, e, do outro, o voto do Ministro Joaquim Barbosa, como representativo da outra corrente que formou a minoria, tudo sob a perspectiva das diferentes pré-compreensões jurídicas das quais partiram e que, portanto, condicionaram os resultados normativos possíveis de serem alcançados.

Ministra Cármen Lúcia

No domínio das pré-compreensões constitucionais, destacam-se do voto da Ministra relatora os seguintes trechos:

> O regime político brasileiro é o democrático. A opção do modelo afirma-se, específica e objetivamente, no art. 1º da Constituição brasileira, que estampa esta escolha e expressa os fundamentos que o alicerçam naquele mesmo dispositivo, entre eles se tendo a soberania popular, a cidadania e pluralismo político (incs. I, II e V).
>
> Naquela norma constitucional se define, ainda, o modelo de democracia semi-direta, tendo-se a garantia de instrumentos de participação popular direta (democracia participativa), bem como a representação por eleição (democracia representativa).
>
> A democracia representativa tem como elemento básico o mandato político representativo. …
>
> **O mandato representativo, de origens francesas, relaciona-se com a doutrina da soberania nacional**. São suas principais características a generalidade, a liberdade, a irrevogabilidade e a independência, segundo a classificação feita por Paulo Bonavides (Ciência Política, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.279), Traduz a idéia de que o eleito seria mandatário da nação, e não apenas dos que o elegeram, contrapondo-se à idéia do mandato imperativo. …
>
> No Brasil, para a eleição de deputados, numa peculiaridade do sistema constitucionalizado, o sistema adotado é o da representação proporcional, por lista aberta, uninominal. …
>
> A Constituição de 1988 repetiu o modelo, mas enfatizou a participação popular para a concretização do princípio democrático e reiterou a instrumentalidade dos partidos políticos como veículo de canalização das idéias e ideologias

a serem ponderadas para a definição de políticas públicas e de atuações estatais.

A Lei nº 4.737, de 15.07.1965, que instituiu o Código Eleitoral, disciplina a representação proporcional nos arts. 105 a 113, neles enfatizando a forma de se determinar o número e forma de eleitos a partir, sempre, do registro e da inscrição dos interessados em se candidatar pelas organizações partidárias.

A Constituição da República exige, dentre outros requisitos, o da filiação partidária como condição de elegibilidade (art.14, §3º, inc. V). Mantendo-se a tradição constitucional brasileira, não se permite a denominada candidatura avulsa, quer dizer, aquela que se põe pelo próprio interessado sem registro prévio por uma organização partidária.

…

A importância dos partidos políticos para a democracia é amplamente reconhecida, tanto pela doutrina constitucional como pelos cientistas políticos. Tal significação central deve-se à observação de ser necessário "… *se despersonalizar a disputa eleitoral, de forma a obrigar o eleitor, nos pleitos para a composição nos órgãos parlamentares da representação popular …, a escolher entre partidos e não entre candidatos. Todos sabem, com efeito, que a incoerência personalista entre nós chega a tal extremo que o pior adversário de um candidato a cargo parlamentar vem a ser o seu companheiro de partido com o mesmo perfil ideológico*" (COMPARATO, Fábio Konder. Direito Eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.65)

…

No sistema que acolhe, como se dá no Brasil, a representação proporcional para a eleição de deputados, o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político e, portanto, seguidores do programa partidário de sua preferência. **Daí se concluir ser o destinatário do voto o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida.**

E o faz supondo que o eleito, vinculado, necessariamente, a determinado partido político, terá no programa e no ideário deste o norte de sua atuação, à qual ele está subordinado por lei (art. 24, da Lei n.9.096/95). Logo, entender que o eleito possa pôr de lado o que suposto pelo mandante – eleitor –, com base na legislação vigente que determina ser exclusivamente partidária a escolha por ele feita, sem qualquer compromisso, responsabilidade ou satisfação a ser dada ao eleitor **traduz a inegável ruptura da equação político-jurídica estabelecida.**

Todos os fundamentos que se foram firmando na doutrina constitucional brasileira e nas teorias

> **democráticas que guiaram as criações constitucionais contemporâneas** foram aproveitados na conclusão do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta n. 1.398, na qual se contém que, no sistema vigente no Brasil, o mandato eletivo pertence ao partido político … .
>
> O voto do eleitor, que enseja o exercício do mandato, põe-se em perfeita e estrita consonância com o que o quadro normativo determina e garante. … O parlamentar mencionado haverá de ser o integrante de bancada de partido político, subentendido que aquele haverá de ser o que o elegeu, pois diversamente não se teria qualquer atenção à base doutrinal e principiológica [dos partidos].
>
> Aceitar, portanto, ser do parlamentar o mandato, de modo a permitir que o seu comportamento no sentido da desvinculação a qualquer organização partidária pudesse ser inconsequente, política e juridicamente, seria fazer **tabula rasa dos princípios, como o da soberania popular, o da representação mediante a imprescindível e decisiva participação dos partidos políticos**, dentre outros, e das regras que ordenam a matéria aqui cuidada. **(negritos nossos)**

A primeira conclusão, portanto, a que chegou a Ministra Cármen Lúcia, foi o da titularidade do partido político sobre o mandato representativo proporcional. Não há no ordenamento jurídico brasileiro um dispositivo que assim expressamente prescreva. Como então alcançou este resultado?

No trecho: "*No sistema que acolhe, como se dá no Brasil, a representação proporcional para a eleição de deputados, o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político e, portanto, seguidores do programa partidário de sua preferência.*", é possível enxergar, especialmente em sua primeira parte, a suposição de que existe um modelo teórico de sistema proporcional que serviu de inspiração ao Constituinte de 1988 e que foi por ele adotado. Em outros termos, há aí implícita uma pré-compreensão de que em um sistema de representação proporcional as coisas não poderiam se dar de modo diverso, pois a própria estruturação teórica do sistema proporcional reclama a centralidade dos partidos políticos como agentes do processo eleitoral, bem como demanda, por pura consequência lógica, uma exigência de fidelidade partidária por parte do candidato eleito. A fidelidade partidária, portanto, não seria exigência

do direito positivo, mas da própria construção teórica do sistema proporcional.

Ao dizer: "entender que o eleito possa pôr de lado o que suposto pelo mandante – eleitor –, com base na legislação vigente que determina ser exclusivamente partidária a escolha por ele feita, sem qualquer compromisso, responsabilidade ou satisfação a ser dada ao eleitor traduz a inegável ruptura da equação político-jurídica estabelecida", a Ministra Cármen Lúcia admite que a infidelidade partidária não só é algo indesejável sob a perspectiva moral, mas é antagônico aos fundamentos do sistema proporcional, já que nega a validade de todos os seus pressupostos, mormente o do vínculo ideológico organizado como critério de partilha do capital político.

Quando afirma que entender como legítima a troca imotivada de partido "seria fazer tabula rasa dos princípios, como o da soberania popular, o da representação mediante a imprescindível e decisiva participação dos partidos políticos", a Ministra Cármen Lúcia admite como ponto de partida da sua sustentação o uso da metodologia de interpretação jurídica que classifica os princípios jurídicos como efetivas fontes de normas jurídicas, tornando assim possível ao órgão decisório atingir sínteses jurídicas consideradas criativas ao se comparar com as disposições expressas positivadas do ordenamento jurídico. Os princípios, deste modo, seriam não apenas fontes normativas, mas parâmetros de controle de constitucionalidade, formando assim um quadro de ideias fundamentais a servir de guia na análise da legitimidade de normas e comportamentos. No caso, o uso desta metodologia principiológica tornou possível extrair do sistema a fidelidade partidária como uma determinante constitucional originária e não uma responsabilidade tão-somente estatutária[118].

Isso fica bastante claro no seguinte trecho:

> Põem-se, no art. 1º, da Constituição brasileira, como antes anotado, os princípios constitucionais que alicerçam o regime

118 Afinal, de que adiantariam disposições estatutárias com vigência intra-partido que previssem sanções ao parlamentar que dele já se desligara?

> político e lhe dão os precisos contornos da configuração em cujos quadrantes haverá de ser realizado. Afinal, o Estado é Democrático *de Direito*, quer dizer, concretiza-se segundo as normas constantes de um sistema de direito posto e que pode ser mudado, mas enquanto não o for, haverá de ser obedecido em seus princípios e em suas regras.
>
> …
>
> Assim, os fundamentos e as formas da representação política do povo conformam todos os institutos e as instituições que a tornam efetiva. Daí porque, ao se escolher o sistema de democracia representativa, impondo-se obrigatória participação dos partidos políticos como instituições destinadas a canalizar as idéias e ideologias que os cidadãos entendam ser realizáveis no espaço da política estatal, todos os institutos que respeitam à formação, conformação e atuação dos partidos políticos e dos seus membros dizem respeito, diretamente, à qualidade e verdade da representação popular. Todos esses fatores, portanto, têm de ser interpretados e aplicados em estrita consonância com os princípios constitucionais informadores do sistema.

Com base nestes pressupostos, a Ministra assim conclui:

> A fidelidade partidária é, neste figurino, um corolário jurídico lógico e necessário do sistema constitucional positivado, sem necessidade de ser estampado de forma expressa e sem que os princípios possam ser atendidos sem atenção à sua presença no sistema. Sem aquela exigência, não haveria como se dar concretude ao modelo de representação por meio de partidos políticos.

Neste trecho, podemos verificar que a Ministra lançou mão da técnica de ponderação e da discricionariedade para sopesar (ALEXY, 2008, p.587), tendo em vista que, com base no sistema normativo positivado e nas noções colocadas como tópicos argumentativos, questiona se a permanência do parlamentar no exercício do mandato representativo mesmo após deixar, voluntariamente, o partido político pelo qual se elegeu, seria uma posição jurídica adequada a preservar a integridade do sistema representativo proporcional e de seus princípios regentes. Concluindo-se que, já no primeiro teste de adequação, tal posição não pode ser considerada jurídica sem que o próprio sistema regente desmorone, não pôde a Ministra Cármen Lúcia entendê-la como constitucional.

Por último, corolário das compreensões até então sustentadas, a Ministra Cármen Lúcia chega à conclusão de que o ato de infidelidade partidária caracterizado pela troca imotivada de partido político pelo parlamentar eleito segundo as regras do sistema proporcional não importa a perda do mandato como resultado da aplicação de uma sanção, pois a liberdade para desassociar-se não poderia ser rotulada como ato ilícito, ou seja, não é caso de perda do mandato no sentido técnico-constitucional (CF/88, artigo 15), mas de sua extinção decorrente da ruptura do vínculo que o sustentava e legitimava. É apenas uma consequência jurídica decorrente da prática de um ato lícito.

Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa também acolheu em seu processo argumentativo a necessidade de exposição das pré-compreensões constitucionais de que partia, o que implicou na escolha de determinadas premissas que acabaram por condicionar os resultados possíveis a serem atingidos.

> Creio que a solução da controvérsia requer, ainda que de forma breve, que se revisitem algumas poucas noções fundamentais de direito constitucional que estão à base de todos os regimes democráticos contemporâneos.
>
> Refiro-me às questões pertinentes à soberania popular e à representação política, temas que, como todos sabemos, estiveram no centro das discussões travadas no curso das duas grandes revoluções de finais do século XVIII – a americana e a francesa.
>
> …
>
> Com todas as vênias, a meu sentir, essa afirmação categórica [de que o parlamentar representa o povo porque escolhido pelo critério partidário] apresenta problemas que a incompatibiliza com a inteligência que o constituinte quis dar ao nosso sistema de representação política.
>
> …
>
> Ao conferir essa centralidade exacerbada aos partidos políticos, o Tribunal Superior Eleitoral esqueceu-se de que a nossa organização político-constitucional é informada por um princípio capital inserido logo no §1º do art. 1º da

Constituição que diz "*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos* ***ou diretamente*** *nos termos desta Constituição.*" … Os partidos políticos, embora indispensáveis e extremamente importantes, são meros instrumentos através dos quais o poder se exerce, em princípio através de representantes eleitos….

Para exercer esse poder de que é titular, o povo se serve dessa instituição importantíssima, das democracias modernas, que são os partidos políticos. Mas isso não significa que ele, povo, renuncie, em nome do partido, à condição de depositário derradeiro da soberania.

Aliás, Senhora Presidente, … é que eu me pergunto se essa apregoada preeminência dos partidos políticos como instituições arregimentadoras exclusivas da vontade popular encontra eco na realidade sociedade moderna em que vivemos, sociedade de massas, conectada planetariamente, com múltiplas formas de expressão da vontade dos mais diversos segmentos sociais.

…

O outro problema que eu detecto na decisão do Tribunal Superior Eleitoral … tem pertinência com a questão da representação política, também um elemento decisivo dos regimes democráticos contemporâneos.

… A nação é soberana, mas ela detém uma personalidade jurídica distinta dos indivíduos que a compõem [e é regulada pelo] [e]statuto jurídico [que é] a Constituição [que prevê um conjunto de órgãos e instituições e que] são meros mecanismos de veiculação da vontade do titular da soberania.

… se o titular derradeiro do poder é o povo, em nome de quem agem os representantes, tenho dificuldades em admitir que no nosso sistema constitucional o centro de gravidade, ou seja, a fonte de legitimidade de todo o poder esteja nos Partidos Políticos.

…

Em realidade, ao fazer uma opção por essa PARTIDOCRACIA, supostamente no intuito de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Superior foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana.

…

Senhora Presidente, deixo de lado o terreno movediço em que trafegam ao mesmo tempo o Direito Constitucional e a Filosofia Política, e passo ao exame da controvérsia sob o ângulo do direito constitucional positivo. (negrito nosso)

Dessa maneira, verifica-se que o Ministro Joaquim Barbosa partiu de pré-compreensões constitucionais completamente distintas das que havia partido a Ministra Cármen Lúcia, pois mesmo ciente de que nas democracias contemporâneas, inclusive a brasileira, que adotam o sistema representativo proporcional, a filiação partidária é uma condicionante das candidaturas políticas, não conseguiu ver nisso uma centralidade dos partidos políticos no processo eleitoral. Assim parece ter entendido pois considerou como das principais funções do partido político a de formar opiniões políticas, o que justificaria seu papel protagonista no processo eleitoral, mas que, na prática da realidade das democracias atuais assim não estaria a ser, tendo em vista os diversos fóruns de formação de opiniões que teriam suplantado este papel central dos partidos. Por isso não concluiu como possível, de partida, se admitir a titularidade do mandato como sendo do partido político, pois diminuiria o valor da soberania popular.

No plano da argumentação jurídica a divergência não foi menos intensa, senão vejamos:

> … não me parece adequado resolver a questão posta nos autos à luz de princípios supostamente implícitos na nossa Constituição. A razão para isso é muito simples. É que, a meu ver, o constituinte de 1988 disciplinou conscientemente a matéria e fez a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior, que previa a perda do mandato nesses casos. Optou, nos artigos 55 e 56 da Constituição, por dizer de maneira exaustiva quais são as hipóteses de perda do mandato pelo parlamentar eleito pelo voto popular. Dentre essas hipóteses, não figuraria a perda por infidelidade partidária, como bem já decidiu essa corte diversas vezes.

O Ministro Joaquim Barbosa, assim como os Ministros Eros Grau e Ricardo Lewandowiski, ergueu premissas de raciocínio que impossibilitaram chegar-se à conclusão de perda de mandato no caso de infidelidade partidária, a despeito de toda a nocividade que isso provoca à democracia representativa brasileira. Assim o fez ao argumento de que a disciplina já estava regulada por regras jurídicas constitucionais, que são mandatos definitivos de comportamento, afastando assim a necessidade de cotejar a

conduta questionada em sua constitucionalidade com os princípios constitucionais regentes da matéria. Entendendo, na espécie, a perda do mandato como resultado da aplicação de uma sanção, rejeitou a hipótese em função da taxatividade típica das normas punitivas.

Tal postura simplifica a questão, já que não confronta a conduta questionada com os princípios constitucionais, lembrando sempre que as regras jurídicas, mesmo constitucionais, não estão livres da interpretação conforme os princípios, para que assim sejam conhecidos tanto seus fundamentos como seus limites.

Preferiu o Ministro Joaquim Barbosa seguir outra trilha interpretativa, que se fez bastante influenciada pelo histórico pré-constitucional da infidelidade partidária no regime militar. Findou por interpretar a questão como se naquele momento histórico estivesse, vendo na infidelidade partidária uma repressão à liberdade de consciência do parlamentar. Não ponderou as razões do silêncio do constituinte de 1988 sobre a matéria (complexidade do tema, infância da democracia e do pluralismo, proximidade temporal com a ditadura, momento de surgimento dos ideais partidários, consenso possível na Assembleia…), que de modo algum é eloquente, no sentido de ausência de relevância jurídico-constitucional, pois a eloquência de um silêncio normativo somente ocorre quando derivado do conjunto normativo posto, o que não é o caso.

Poderia ter percebido que outros entulhos autoritários rechaçados na constituinte de 1988, como a arguição de relevância da questão federal em recurso extraordinário e o instituto da avocação, retornaram para o cenário jurídico-constitucional brasileiro pela porta da emenda constitucional, agora sob o crivo sereno do regime democrático, sob as vestes da repercussão geral e, em termos, da súmula vinculante e da reclamação por seu descumprimento; o mesmo sucedendo com a fidelidade partidária, agora evocada, com razoabilidade inquestionável, pela jurisprudência como sustentáculo da própria democracia brasileira, tão aviltada pela libertinagem característica do que denominamos troca-troca partidário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso jurídico metodicamente orientado não está infenso ao modo próprio do órgão julgador enxergar as coisas e os institutos jurídicos. Por mais racional que seja a explanação das ideias e de suas conclusões, sempre haverá, por detrás das cortinas, fortes cargas pré-compreensivas que o julgador ostenta como consequência natural das suas experiências de vida e de sua particular formação jurídica. Tal assertiva não diminui o valor dos métodos hermenêuticos, antes o contrário, pois são eles que irão permitir tornar racional e comunitariamente aceitável determinado discurso jurídico pré-compreensivamente guiado.

Exemplos do que se afirma são comuns no seio da jurisprudência constitucional brasileira, entre os quais foi selecionado o precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 26.604 – que tratou das repercussões jurídico-constitucionais do ato de infidelidade partidária do parlamentar eleito em sistema proporcional.

Como visto, uma corrente de pensamento chegou ao resultado de que o mandato pertence ao partido político, pois considerou como premissas de julgamento sua centralidade no processo eleitoral proporcional tendo em vista ser a fonte legitimadora das candidaturas e o critério de repartição do capital político popular, enquanto a outra corrente, partindo da perspectiva de que a centralidade dos partidos não é automática pelo fato de concentrarem as candidaturas – mas sim que esta centralidade deveria ser conquistada pelo efetivo exercício de sua função arregimentadora e formadora de opiniões políticas, somada à visão de que as hipóteses de perda de mandato são taxativamente previstas na Constituição em normas de caráter punitivo, não pôde concluir pela titularidade do mandato como sendo do partido, embora também não tenha afirmado ser exclusivamente do parlamentar.

Verifica-se também, por fim, que a eleição das premissas condicionou a escolha do método válido. Partindo-se da ideia de que a compreensão do caso jurídico posto dependia da normatividade dos princípios, natural foi

lançar-se mão da técnica de ponderação e da obtenção normativa definitiva a partir de seus comandos gerais – independente de previsão expressa da solução alcançada –, enquanto, do outro lado, ficou desde logo afastado este caminho hermenêutico um vez que se acreditava estar perante um caso jurídico já satisfatoriamente disciplinado na forma de regras jurídicas.

REFERÊNCIAS

. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em «www.lrbarroso.com.br»;

. BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como Categoria Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

. CANOTILHO, J. J. Gomes. A concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional. in. *Nos Dez Anos da Constituição*. (Org.) Jorge Miranda.

. CANOTILHO, J. J. Gomes. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. in. *Boletim da Faculdade de Direito – BFD,* vol.66, 1991.

. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

. COSTA, José Manuel M. Cardoso. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

. COSTA, José Manuel M. Cardoso. Constituição e Justiça Constitucional. Boletim da Faculdade de Direito. STVDIA IVRIDICA nº 92, AD HONOREM – 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

. DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo*. 2ª ed. São Paulo: Madras, 2005.

. FREITAS, Lucas Daniel Chaves. Decidir pelos princípios: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre fidelidade partidária. in. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RDBE*. Belo Horizonte: ano 3, nº5, jul./dez. 2011; p.118-134.

. HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e " procedimental" da Constituição.* (Trad.) Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. (Trad.) Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

. NEVES, Castanheira. *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

. SARAIVA, José Hermano. *O Que é o Direito? seguido de A crise do Direito e Outros Estudos Jurídicos.* Lisboa: Gradiva, 2009.

. SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Público e sociedade técnica*. 1ª Edição. Coimbra: Atlântida, 1969. Coimbra: Tenacitas, 2008 (reimpressão).

. SOARES, Rogério Ehrhardt. Sentido e Limites da função legislativa no Estado contemporâneo. Separata de "*A feitura das leis"* (1986), p.431-445.

LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO DO SERVIDOR PÚBLICO

Simone Andréa Barcelos Coutinho[119]

Resumo: Este texto reflete sobre a liberdade de manifestação do pensamento dos servidores públicos, analisando a compatibilidade entre as normas contestadas na ADPF 173 e o texto constitucional.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Liberdade de manifestação de pensamento. Direito Administrativo. Servidor Público.

Résumé : Ce texte réflechit sur la liberté de communication des pensées par les fonctionnaires, en analysant la compatibilité entre les règles contestés à l'ADPF 173 et le texte constitutionnel.

Mots-clés: Droit Constitutionnel. Droits Fondamentaux. Liberté de communication des pensées. Droit Administratif. Fonctionnaire.

INTRODUÇÃO

São comuns, em estatutos de servidores públicos, disposições limitadoras do direito de liberdade. O nome da categoria – *servidor* público – evoca uma situação de sujeição: a um senhor ou a quem lhe faça as vezes. A ideia – ou idealização – do servidor público como pessoa dotada de deveres extraordinários, que voluntariamente abriria mão de parcela de sua liberdade ao assumir um cargo, função ou emprego público, porque expressões da dignidade da Administração, chega aos dias de hoje firme, fortalecendo-se a cada escândalo que sacode o País. Afinal, o senso comum dá-lhe apoio, emprestando-lhe foros de vigência e cobrando-lhe eficácia. A dogmática jurídica sobre o tema, por sua vez, raras vezes questionou o regime jurídico imposto aos servidores públicos, deixando de apreciar sua

[119] Procuradora do Município de São Paulo em Brasília.

origem e evolução histórica. O Brasil foi colônia da Coroa Portuguesa e, após, Império. A República, por sua vez, foi marcada por longos períodos de governo autoritário. Recusar a influência de tais fatores na conformação do serviço público brasileiro equivale a negar que a estiagem de outono faz caírem as folhas secas.

Já vem tarde a pergunta: qual é o fundamento constitucional de tais restrições?

A questão jurídica ora abordada, aliás, é objeto da ADPF 173, proposta no Supremo Tribunal Federal pelo PSOL – Partido Socialismo e Liberdade, que sustenta a não-recepção, pela Constituição de 1988, de regras previstas na Lei nº 10.261/1968, do Estado de São Paulo, e na Lei nº 8.989/1979, do Município de São Paulo. Segundo o requerente, os dispositivos impugnados ofenderiam a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento dos servidores públicos do Estado e do Município de São Paulo.

Mais recente é ADPF 270, ajuizada pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, contra o artigo 8º, *caput* e inciso I, e artigo 31, inciso XIX, da Instrução Normativa nº 13 da Diretoria-Geral do Departamento de Polícia Federal.

II – **A liberdade como princípio e a liberdade como direito**

Na Constituição, a liberdade apresenta dupla natureza: *princípio fundamental* do Estado, posto que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos *construir uma sociedade justa, **livre,** solidária* (art. 3º, I) e direito fundamental (art. 5º, *caput*).

Princípios são "proposições diretivas às quais todo o desenvolvimento ulterior se subordina"[120]. Os princípios fundamentais do Estado dirigem a compreensão de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Como princípio fundamental, a liberdade constitui um dos mandamentos centrais do sistema, que dá valor, conteúdo e dirige a compreensão das partes do sistema, das normas. E, enquanto direito fundamental, a liberdade é um bem jurídico titularizado por cada individuo, oponível ao Estado e a particulares.

Sociedade *livre* é aquela em que cada individuo goza do máximo de auto-determinação. Tal objetivo conforma todo exercício do Poder do Estado, que, além de interferir o mínimo possível na auto-determinação dos indivíduos, bem como de colocá-la a salvo, passa a ter obrigação de fomentá-la.

Nessa toada, a concretude do princípio da liberdade é inseparável da ideia de pluralismo, que merece ser bem compreendido. Para tal desiderato, transcrevemos a lição de Mendes, Coelho e Branco[121]:

> Embora a Constituição brasileira, assim como tantas outras, utilize a expressão *pluralismo* agregando-lhe o adjetivo *político*, fato que à primeira vista poderia sugerir tratar-se de um princípio que se refere apenas a preferências políticas e/ou ideológicas, em verdade a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na *polis*, ou seja, um direito fundamental *à diferença* em todos os âmbitos e expressões da convivência humana – tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural, entre outras -, um valor fundamental, portanto, cuja essência Arthur Kaufmann logrou traduzir em frase de rara felicidade: *não só, mas também*.

E o pluralismo devolve-nos ao *princípio da liberdade*, posto que é objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre,

---

[120] LALANDE, *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 27ª edição São Paulo: Malheiros, 2012, p. 277.
[121] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 156.

inconcebível sem aquele. Mais uma vez, a palavra de Mendes, Coelho e Branco[122]:

> Destarte, falar em pluralismo político significa dizer que, respeitadas as poucas restrições estabelecidas na própria Lei Fundamental – pois nesse terreno é imperativa a *reserva de Constituição* -, o indivíduo é livre para se autodeterminar e levar a sua vida como bem lhe aprouver, imune a intromissões de terceiros, sejam elas provenientes do Estado, por tendencialmente invasor, ou mesmo de particulares.

Como a liberdade pode ser um princípio, se o poder constrange e restringe?

O Poder existe em função do e para o ser humano. Numa democracia, pelo bem deste é que se exerce. E a liberdade é uma busca atemporal. Por liberdade, morre-se e mata-se. Esta afirmação não é uma convicção filosófica: é um fato evidenciado pela História da Humanidade. Quantos não foram os que sacrificaram a própria vida por um ideal de liberdade, ponto de partida dos direitos fundamentais?

Direitos são bens da vida humana[123]. Logo, a liberdade é um bem fundamental da vida humana, nos termos da Constituição.

Barroso[124] relaciona o direito de liberdade à garantia da legalidade, mas adverte também para a necessidade de as leis serem dotadas de razoabilidade e optarem pelos meios alternativos menos gravosos.

Pontes de Miranda[125], por sua vez, sintetiza o que é ser livre: "Ser livre significa não ser sujeito a outrem. Pode-se ser sujeito a outrem, ou fisicamente, ou moralmente, ou psicologicamente(...)"

É através da liberdade que a pessoa humana realiza suas potencialidades, sua condição humana. A liberdade consiste na escolha

---

[122] Ob. cit., p. 156.
[123] NOGUEIRA, Alberto. *Liberdades Públicas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 326.
[124] BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. pp. 649-650.
[125] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade: Os Três Caminhos.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 243.

consciente e na possibilidade de agir segundo essa escolha e tende a ser maior quanto mais evolui a humanidade. Conforme Silva[126]:

> O assinalado aspecto histórico denota que a liberdade consiste, em suma, num processo dinâmico de *liberação* do homem de vários obstáculos que se antepõem à realização de sua personalidade: obstáculos naturais, econômicos, sociais e políticos. É hoje função do Estado promover a liberação do homem de todos esses obstáculos, e é aqui que a autoridade (poder) e liberdade se ligam. García-Pelayo o disse bem, ao escrever que 'a experiência histórica tem mostrado que não é o Estado o único que oprime o desenvolvimento da personalidade; que não é a única entidade que impõe relações coativas de convivência, e que as mesmas liberdades liberais estão condicionadas em sua realização a situações e poderes extra-estatais. Tais poderes podem ser de índole muito diversa; por exemplo, raciais, eclesiásticos etc. e variáveis segundo os países; mas de um modo geral e comum se destacam os poderes econômicos. São destes poderes, ou, melhor dizendo, das pressões econômicas destes poderes, que interessa, em primeiro lugar, liberar os grupos a que estamos aludindo, pois são a eles, e não ao Estado, que sentem como obstáculo imediato para o desenvolvimento de sua personalidade'.

Em síntese, a evolução da liberdade caminha com a evolução da Humanidade. Cabe indagar se os estatutos de servidores públicos têm acompanhado essa evolução.

III – A liberdade de manifestação de pensamento dos servidores públicos

3.1. Panorama da legislação brasileira

A quase totalidade dos estatutos de servidores públicos contêm disposições restritivas da liberdade de expressão dos servidores.

---

[126] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 27 ª edição São Paulo: Malheiros, 2006.

Vejamos nosso histórico. O serviço público, no Brasil, foi estruturado especialmente durante o Estado Novo, apontando-se a Lei nº 1.522/1951 como marco legislativo.

Qual o resultado disso?

A sobrevivência de uma visão getulista e militarista das relações entre o Estado e o homem servidor público, em pleno regime democrático pós-1988.

Assim, as normas restritivas partem da ideia de que a liberdade do servidor público não é e não pode ser igual à de qualquer do povo.

A Lei 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais, dispõe, no inciso V do art. 117, ser proibido ao servidor " promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição". Idêntica vedação encontra-se no inciso VI do art. 242 da Lei paulista nº 10.261/1968, assim como em leis de outros Estados da Federação.[127]

O questionamento acerca do fundamento constitucional do regime jurídico tradicional dos servidores públicos civis, no que tange à disciplina da liberdade de expressão, levou à propositura da ADPF nº 173, no Supremo Tribunal Federal, melhor abordada logo a seguir.

3.1.1. O Objeto da ADPF 173

Na ADPF 173, acima referida, o PSOL argui a não recepção, pela Constituição da República vigente, de dispositivos da Lei nº 10.261/1968 (que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo) e da Lei nº 8.989/1979, do Município de São Paulo.

Para melhor compreensão do objeto da ação, transcrevemos os dispositivos nela impugnados.

---

[127] Art. 167, V, da Lei Complementar nº 39/1993, do Estado do Acre; art. 285, V, da Lei nº 6.174/70, do Estado do Paraná.

Da Lei paulista nº 10.261/1968:

> **Artigo 242** - Ao funcionário é proibido:
>
> **I** - referir -se depreciativamente, em informação, parecer ou despacho, ou pela imprensa, ou qualquer meio de divulgação, às autoridades constituídas e aos atos da Administração, podendo, porém, em trabalho devidamente assinado, apreciá-los sob o aspecto doutrinário e da organização e eficiência do serviço;
>
> **II** - retirar, sem prévia permissão da autoridade competente, qualquer documento ou objeto existente na repartição;
>
> **III** - entreter -se, durante as horas de trabalho, em palestras, leituras ou outras atividades estranhas ao serviço;
>
> **IV** - deixar de comparecer ao serviço sem causa justificada;
>
> **V** - tratar de interesses particulares na repartição;
>
> **VI** - promover manifestações de apreço ou desapreço dentro da repartição, ou tornar -se solidário com elas;
>
> **VII** - exercer comércio entre os companheiros de serviço, promover ou subscrever listas de donativos dentro da repartição; e
>
> **VIII** - empregar material do serviço público em serviço particular.
>
> **Artigo 243 -** É proibido ainda, ao funcionário:
>
> **VII -** incitar greves ou a elas aderir, ou praticar atos de sabotagem contra o serviço público;
>
> ...
>
> **XII -** fundar sindicato de funcionários ou deles fazer parte.

Da Lei nº 8.989/1979, do Município de São Paulo:

> **Art. 179** - É proibida ao funcionário toda ação ou omissão capaz de comprometer a dignidade e o decoro da função pública, ferir a disciplina e a hierarquia, prejudicar a eficiência do serviço ou causar dano a Administração Pública, especialmente:
>
> I - referir-se depreciativamente em informação, parecer ou despacho, ou pela imprensa , ou por qualquer meio de divulgação, às autoridades constituídas e aos atos da Administração;
>
> (...)

O inciso I do artigo 179 da lei paulistana foi revogado pela Lei nº 15.135/2010, do Município de São Paulo. Dos dispositivos da Lei nº

10.261/1968, do Estado de São Paulo, este estudo diz respeito. apenas dos incisos I e VI do art. 242, também reproduzidos linhas acima, por tratarem da liberdade de manifestação de pensamento do servidor público.

Passaremos, agora, a apresentar como o problema tem sido atacado no Direito Comunitário Europeu e no Direito Estadunidense.

3.2. Direito Comunitário Europeu

A Convenção Europeia sobre Direitos Humanos assim dispõe sobre a liberdade de expressão:

> Artigo 10°
>
> Liberdade de expressão
>
> 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.
>
> 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Loukaides enfatiza que a cláusula restritiva do parágrafo 2º do art. 10 veicula restrições *rationae materiae,* e não *ratione personae*. Entretanto, os órgãos judiciais da Convenção Europeia (a Comissão e a Corte) têm colocado os servidores públicos, por conta de seu *status*, numa situação desvantajosa em relação a outros indivíduos. Isto por conta de uma

interpretação larga das possibilidades de restrição à liberdade de expressão dos servidores, sob a justificativa de seus “deveres e responsabilidades”.[128]

O autor narra que, no caso *Engel e Outros,* em que se discutia a imposição de penalidade a servidores militares, por conta da publicação e distribuição de artigos que supostamente minariam a disciplina militar, a Comissão indeferiu o pedido do requerente, sob o argumento de que diferentes padrões podem ser aplicáveis a diferentes categorias de pessoas, funcionários públicos inclusive, cujos deveres e responsabilidades devem ser apreciados em relação à sua função na sociedade.[129] E, no caso *B. v. Reino Unido* a Comissão indeferiu o pedido do requerente, de que a sanção disciplinar a ele imposta por ter participado de um programa de televisão sobre a segurança de seu local de trabalho, após recusa expressa de seus superiores, violava sua liberdade de expressão. No caso, a Comissão entendeu que em razão os “deveres e responsabilidades” do cargo, a proibição em questão era “necessária numa sociedade democrática, para a proteção dos direitos dos empregadores do requerente.”[130] No caso

---

[128]LOUKAIDES, Loukes G. *Essays on the Developing Law of Human Rights.* Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1995. pp. 56-57.
“It must be emphasized from the outset that the right to freedom of expression under Article 10 of the Convention can be subjected to restrictions or limitations only in accordance with the specific conditions of paragraph 2 of the same Article, which must be interpreted strictly. These restrictions are *ratione materiae* and not *ratione personae*: they are only thematic (e.g. interests of national security, protection of health or morals) and have no reference at all to persons. (…)” (tradução livre)

[129]Op. cit., p. 58:
“This approach has its origin in the report of the Comission in the case of *Engel and Others,* which concerned restrictions imposed in respect of the freedom of expression of members of the armed forces and in particular a sanction imposed on the applicants in respect of publishing and distributing articles which were found to undermine military discipline. The Comission in dismissing applicant’s complaint stated the following:
‘Different standards may be applicable to different categories of persons, such as civil servants, soldiers, policemen, journalists, politicians, etc., whose duties and responsabilities must be seen in relation to their function in society.” (tradução livre)

[130] Op.cit., p. 60:
“In the application of *B. v. The U.K.* (10293/83) the Comission dismissed applicant’s complaint that a disciplinary sanction imposed on him for having participated in a television program on safety at the place of his work without prior permission violated his right to freedom of speech under Article 10 of the Convention. Applicant was a civil servant with an atomic weapons research establishment. At the same time he held a local elected political office, having being granted permission to stand as candidate for that office. He was not sanctioned for what he had said on the program, but simply for the fact of having participated in it following an express refusal of permission to do so. The Comission recognized that ‘the

Morrisens v. Bélgica, manteve a pena disciplinar imposta numa professora que se declarou homossexual, num programa televisivo.[131]

A jurisprudência da Comissão Europeia inclina-se, portanto, pela validade de restrições à liberdade de manifestação do pensamento de servidores públicos, e seu argumento é a leitura que faz do parágrafo 2º do art. 10 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

3.3. Direito Estadunidense

A Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, que dispõe sobre a liberdade de expressão, não contém nenhuma cláusula de limitação. Por outro lado, diz Loukaides, o método de interpretação da Suprema Corte permite uma maior latitude na aceitação de restrições[132].

Inicialmente, a opinião prevalente na Corte, acerca da liberdade do servidor, podia ser resumida nesta frase do *Justice* Holmes: "Um policial pode ter o direito constitucional de falar de política, mas não tem o direito constitucional de ser um policial". Atualmente, entende-se que os indivíduos não abrem mão de sua liberdade de expressão por exercer um cargo público. Porém, o governo tem maior interesse em regular o discurso desses servidores do que tem no de regular os cidadãos comuns, especialmente se isso puder afetar a eficiência do serviço. Há que se ponderar o interesse governamental com o interesse do servidor, sob as circunstâncias do caso. O ônus da prova recai no Estado.

No caso *Garrison v. Louisiana,* a Suprema Corte reverteu a condenação de Advogado Distrital que criticara a ineficiência, preguiça e excesso de férias de juízes, afirmando que a declaração estava dentro da

---

protection of diversity of opinion from persecution is a fundamental aspect of the democratic societies in which human rights as contained in the Convention are protected'. However, the Comission found that in the light of 'duties and responsabilities' attached to applicant's post the prohibition in question was 'necessary in a democratic society for the protection of the rights of the applicant's employers'." (tradução livre)

[131] Op.cit., p. 61 .

[132] Op. cit., p. 69 :

« In contrast with Article 10 of the European Convention the First Amendment of the U.S. Constitution does not contain any limitations clause. (…)"

crítica e não havia prova de sua falsidade. Em *Pickering v. Board of Education*, considerou que a demissão de professor, motivada por carta publicada na imprensa, em que criticava o Conselho de Educação, violava seu direito à liberdade de manifestação do pensamento. Em *Perry v. Sindermann*, a Corte considerou que a recusa da recontratação de professor, por conta de suas divergências com as políticas da escola, violava sua liberdade de discurso.[133]

IV – AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. O âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Canotilho leciona a necessidade de um procedimento metódico para a análise das restrições dos direitos fundamentais. Esse procedimento se destina a responder às seguintes questões:

> (1) Trata-se de efectiva restrição do *âmbito de protecção* de norma consagradora de um direito, liberdade e garantia?
>
> (2) Existe uma *autorização* constitucional para essa restrição?
>
> (3) Corresponde a restrição à necessidade de *salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos?*
>
> (4) A lei restritiva observou os *requisitos* expressamente estabelecidos pela constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstração, não retroactividade, garantia do núcleo essencial?)[134]

Prossegue o autor afirmando ser necessária a determinação do *âmbito de proteção da norma,* vale dizer, determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção, bem como verificar se os bens protegidos pela norma constitucional consagradora do direito, liberdade e

---

[133] LOUKAIDES, op. Cit.pp. 71-72 :
[134] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* Coimbra: Almedina, 1991. pp. 613-614.

garantia sofrem *restrição constitucional expressa* ou se a constituição *autoriza a lei* a restringir esse âmbito de proteção[135].

A definição do *âmbito de proteção*, para Mendes, depende de interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Assim, os direitos individuais somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata)* ou mediante lei ordinária que tenha fundamento imediato na própria Constituição (*restrição mediata)*[136].

Com efeito, há normas consagradoras de direitos em que o constituinte defere ao legislador a atribuição de significado instrumental, procedimental ou conformador/criador do direito, como é o caso dos incisos VII e XXIV do art. 5º. Outras normas já trazem expressas no seu bojo as restrições cabíveis. Assim, a norma que consagra a liberdade de associação, *mas para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar* (art. 5°, XVII da CF). Já a norma que assegura ao civilmente identificado a não sujeição à identificação criminal, *salvo nas hipóteses previstas em lei* (art. 5°, LVIII), é exemplo de autorização constitucional para o advento de restrição legal[137].

O texto normativo consagrador da liberdade de manifestação de pensamento, pela sua dicção, corresponde aos chamados *direitos sem reserva de restrição,* examinados a seguir.

4.2. Direitos sem reserva de restrição. Limites horizontais. Limites imanentes.

Os *direitos sem reserva de restrição* correspondem àqueles direitos previstos em normas constitucionais que não fazem menção a qualquer intervenção legislativa. Sobre o tópico, esclarece Mendes[138]:

> Entre nós, a atividade legislativa, nessas hipóteses, estaria aparentemente facilitada pela cláusula de reserva legal

---

[135] *Idem,* p. 614.
[136]MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3ª edição São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 221 e 227.
[137] *Idem*, p. 233.
[138] Ob. cit., p. 239.

> subsidiária contida no art. 5º, II, da Constituição. É bem verdade que a ação limitadora – de índole legislativa, judicial ou administrativa – há de ser imantada por todo tipo de cautela, tendo em vista a possibilidade de abusos no estabelecimento de restrições a direitos fundamentais não submetidos a reserva legal expressa. **Daí a necessidade de que eventual limitação de direitos fundamentais, sem reserva legal expressa, assente-se também em norma constitucional.** (g.n.)

Nesse ponto, cabe indagar acerca dos denominados *limites imanentes*. Segundo Canotilho, nos limites imanentes, não existe uma norma, constitucional ou legal, de restrição:

> Os 'limites imanentes' justificar-se-iam em virtude da existência de 'limites originários ou primitivos' que se imporiam a todos os direitos: (i) 'limites constituídos por direitos dos outros'; (ii) limites imanentes da ordem social; (iii) limites eticamente imanentes. Haveria, pois, uma 'cláusula de comunidade' nos termos da qual os direitos, liberdades e garantias estariam sempre 'limitados', desde que *colocassem em perigo* bens jurídicos necessários à existência da comunidade.
>
> *Esta posição merece sérias reticências*. Transferindo a possibilidade de restrições para direitos, liberdades e garantias asseguradas sem qualquer 'reserva de restrição' pela lei fundamental, correr-se-ia o risco de, a pretexto de se garantirem os 'direitos dos outros', as 'exigências de ordem social' ou de 'ordem ética', se colocar de novo os direitos, liberdades e garantias na disposição limitativa do legislador. Quer dizer: o giro coperniciano assinalado por KRÜGER – '*não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais'* – acabaria por ser neutralizado, pois a 'doutrina da regulamentação das liberdades' reapareceria encapuçada sob a forma de limites imanentes.[139] (g.n.)

Em síntese, a teoria dos limites imanentes propõe que o alcance dos direitos fundamentais é intrinsecamente limitado pelos direitos dos outros, por exigências de ordem social e de ordem ética. Ora, os direitos dos outros como limites compreendem-se na convivência recíproca entre os direitos, ou

---

[139] Ob. cit., p. 619.

limites horizontais, a seguir abordados. Já as exigências de ordem social e de ordem ética são enunciados desprovidos de objetividade, que, se aceitos, poderiam desmontar a própria razão de ser dos direitos fundamentais.

Quanto à convivência de direitos e garantias fundamentais, consubstanciada na teoria das *limitações horizontais,* diz Canotilho:

> ... O problema reside em que o 'exercício de um direito' não está já, de antemão, limitado por reservas de 'amizade' ou de 'não danosidade'; o direito garantido por uma norma constitucional como direito, liberdade ou garantia 'insusceptível de restrições' é mesmo, *prima facie*, um direito sem reserva de restrições. Todavia, *a posteriori,* através do jogo de 'argumento e contra-argumento', da ponderação de princípios jurídico-constitucionais, pode chegar-se à necessidade de uma *optimização* racional, controlável, adequada e contextual, de várias constelações de princípios jurídico-constitucionais. Esta optimização é possível porque os princípios transportam dimensões objectivas possibilitadoras de uma *ponderação* de bens jurídico-constitucionais efectuada a partir da própria constituição. Nota-se, porém: esta ponderação assenta na idéia: (1) de que entre as normas constitucionais não há qualquer hierarquia normativa material (ex. o 'bem da saúde pública' não é superior ao 'direito de greve'); (2) *de que a ponderação é feita entre 'bens constitucionais'; não é uma ponderação de valores extraconstitucionais, pois tem de tratar-se de bens constitucionalmente reconhecidos;*[140]*"*

Nesse passo, exemplifica-se, a liberdade de manifestação de pensamento não pode ser exercida com violação do direito à honra ou de propriedade[141] de alguém. Tanto um como outro são bens constitucionais.

4.3. Restrições a direitos e princípio da legalidade

A questão que se coloca é: em não havendo autorização constitucional para que a lei restrinja o espectro de um direito fundamental, pode a lei, ou um ato administrativo, fazê-lo?

---

[140] Ob. cit., pp. 620-621.
[141] Exemplo: "pichações" clandestinas.

É certo que a Constituição Federal vigente não contém no seu texto qualquer cláusula restritiva da liberdade de expressão dos servidores públicos. O § 7° do art. 37, com a redação dada pela Emenda Constitucional n° 19/98, porém, prevê que a lei "disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas."

Trata-se de possibilidade de restrições para cargos e situações muito especifícas, visando a não-divulgação de "informações privilegiadas" da Administração Pública. O dispositivo não se refere à liberdade de pensamento genérica.

Se, pela Constituição Federal, ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5°, II); se é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato (art. 5°, IV), se *ninguém* será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de *obrigação legal* a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei, afasta-se, de plano, a possibilidade de ato administrativo veicular qualquer restrição a direitos fundamentais.

A restrição a direito, portanto, além de prevista em lei, só poderá ser estabelecida com base em outra norma constitucional cuja eficácia máxima se imponha.

Jamais um ato de vontade do administrador poderá ter o condão de constituir fundamento jurídico para que o servidor sofra limitações na sua liberdade. A previsão legal é condição *sine qua non* do Estado de Direito, quanto mais de um Estado Democrático de Direito. A proibição decorrente da vontade de um órgão administrativo, inventada verbalmente ou através de atos subalternos, como portarias, ordens de serviço e quejandos, traduz nada mais nada menos do que o arbítrio.

Resta saber se e em que medida pode a lei restringir a liberdade de expressão dos servidores públicos.

4.4. Relações especiais de poder

Canotilho assim discorre sobre as chamadas "relações especiais de poder", na qual estariam inseridos os servidores públicos:

> Nos casos de *relações especiais de poder,* a renúncia deduzir-se-ia do princípio *volenti non fit injuria*. Os cidadãos submetiam-se voluntariamente à diminuição dos seus direitos fundamentais. Renunciavam, *ex voluntate sua,* aos direitos perturbadores desse estatuto especial. **É uma concepção ultrapassada:** (a) um militar, um funcionário, um estudante, ao ingressarem em certas relações especiais, não renunciam a qualquer direito, sendo o recurso à idéia de *sujeição voluntária* e de abdicação de direitos **a face oculta da sobrevivência absolutista do 'domínio do Estado' sobre os 'súbditos' ao seu serviço;** b) mesmo a aceitar-se uma dimensão voluntária de restrição de direitos, a vontade pura do particular não pode conduzir a uma relativização completa do princípio da *reserva de lei.*[142]

Com relação à necessidade de autorização constitucional, pronuncia-se Canotilho:

> ... As restrições de direitos fundamentais justificadas com base numa relação especial de poder, **mas sem fundamento na Constituição**, serão, consequentemente, inconstitucionais. Assim, em face da CRP[143], só podem considerar-se constitucionais certas limitações dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação, petição colectiva e capacidade eleitoral passiva dos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo e na 'estrita medida das exigências das suas funções próprias' (art. 270.°).
>
> **É já, porém, inconstitucional a extensão de estatutos especiais a pessoas que não se inserem, propriamente, na *relação de serviço estatutária* (caso dos funcionários civis dos estabelecimentos militares). As leis reguladoras dos estatutos especiais só poderiam conter essas restrições se houvesse uma disposição constitucional autorizatória (afinal, é isto que se exige para a restrição dos direitos fundamentais em geral) de teor semelhante ao art. 270.°** (negritos nossos).

---

[142] Ob. cit., p. 634-635.
[143] Constituição da República Portuguesa (N. da A.).

As observações de Canotilho colidem com o senso comum preponderante nesse tema, segundo o qual servidores públicos “não podem” gozar da mesma liberdade de expressão que as demais pessoas.

Em síntese, as exceções são, pois, de direito estrito, desde que tenham fundamento na Constituição, veiculadas expressamente por meio de lei e admissíveis apenas na estrita medida das exigências das funções consideradas: em última análise, se *indispensáveis* e justificadas pela necessidade de proteção suficiente de outros direitos fundamentais.

V- A liberdade de manifestação do pensamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem prestigiado a liberdade de manifestação de pensamento. No julgamento da ADPF 130, posicionou-se pela não-recepção em bloco da Lei nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa), por incompatibilidade material insuperável entre seus dispositivos e a Constituição de 1988. No RE 511.961, declarou a não-recepção do artigo 4º, inciso V, do Decreto-lei nº 972/1969, consubstanciada na exigência de diploma de curso superior de jornalismo, para o exercício da profissão de jornalista. Naquela assentada, o Tribunal entendeu que o jornalismo é atividade umbilicalmente ligada às liberdades de expressão e de informação, razão pela qual o Estado não está legitimado a estabelecer restrições quanto ao acesso à profissão e seu exercício. E, na ADI 4274, julgou a ação procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas.

O Tribunal já teve oportunidade de se manifestar sobre a liberdade de convicção política de empregados de sociedade de economia mista, no RE 130.206[144], relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, assim ementado:

> CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. NULIDADE DE ATO DE DESPEDIDA DE EMPREGADOS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, POR RAZOES DE ORDEM POLÍTICO-PARTIDARIA. VIOLAÇÃO DO ART. 153, PARAGRAFOS 1., 5., 6. E 8., DA CF/69. Decisão incensuravel, por haver-se configurado flagrante violação ao princípio da liberdade de convicção politica, constitucionalmente consagrado, ao qual estao especialmente adstritos os entes da Administração Pública. Recurso não conhecido.

Merece nota, igualmente, acórdão proferido pelo Tribunal, em 1954:

> Professar, simplesmente, ideias contrárias ao atual regime político do Brasil não constitui crime que prive o oficial de sua patente. A Constituição assegura a todos a liberdade de pensamento. (RE 23.829/DF, 1ª T., Rel. Ministro Mário Guimarães, *Diário da Justiça*, Seção 1, de 7.8.1954)

Os precedentes citados apontam na direção do reconhecimento, ao servidor público, da mais ampla liberdade de expressão.

VI – Liberdade de manifestação de pensamento dos servidores públicos. Considerações finais.

A grande questão que se coloca é: pode a liberdade de manifestação do pensamento do servidor sofrer alguma limitação no âmbito do serviço público?

Como adverte Loukaides[145], a ideia de que os servidores estão em posição diferente dos demais cidadãos, no que tange à liberdade de

---

[144] *RDA* 186/179.
[145] Ob. cit., p. 75:
"The principle that civil servants stand in a different position as regards freedom of speech and that certain restrictions on such freedom are justified because of their status is well-embedded in the legal systems of many democratic states, including member States of the Council of Europe. The basis of that principle is to be found in the concept of the status of

expressão, o que justificaria certas restrições, baseia-se no conceito de servidor público estabelecido há muitas décadas atrás. No intervalo, a liberdade de manifestação de pensamento desenvolveu-se, ao passo que o *status* tradicional do servidor público quase não mudou. Porém, as atuais exigências da democracia exigem reconsideração de seu regime. "(...) Eles devem ser vistos mais como servidores do povo do que como servidores de um empregador que tem uma personalidade distinta do povo", e seus deveres e responsabilidades são para com o povo, e o interesse público é melhor alcançado pela livre troca de ideias.[146]

A Constituição da República, ao declarar a liberdade de manifestação de pensamento, fá-lo nos seguintes termos:

> Art. 5º - ...
>
> ...
>
> IV- é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> ...

Nada mais.

A redação do texto normativo evidencia que se trata de *norma de eficácia plena*, desacompanhada de qualquer cláusula limitadora. Essa é a regra, que as nenhuma outra disposição constitucional infirma, nem mesmo dos artigos 37 a 41 da Constituição da República.

---

civil servants as established many decades ago. In the meantime, the right to freedom of speech has developed and continues to be developed in an increasingly liberal direction. Yet the traditional status of civil servants has remained more more less static.(…)" – Tradução livre.

[146] Ob.cit. ,p. 78:
"(...) They should be looked upon more as servants of the people and for the people than as servants of na employer which hás an entity distinct from the people. Democracy means 'Government of the people, by the people and for the people and not Government over the people'. The civil servants do not serve a 'government over the people', but a government of the people. Their duties and responsabilities are in the final analysis towards the people, and the ultimate good desired through the operation of civil service should now be considered as 'better reached by free trade in the ideas – that the best test of truth is the power of thought to get itself accepted in the competition of the market' and that truth is the only ground upon which the wishes of the people can safely be carried out." – Tradução livre.

Restrições ao direito de liberdade só podem ser veiculadas por lei; tratando-se a liberdade de manifestação de pensamento de *direito sem reserva de restrição,* eventual limitação só poderá ser veiculada desde que se **assente também em norma constitucional.** A norma disciplinadora, devido ao seu caráter *excepcional*, só pode trazer *restrições pontuais*, delimitadas ao mínimo *indispensável* Restrições baseadas nas noções de obediência e de sujeição, e cujo enunciado normativo é abrangente demais, como no caso dos dispositivos da Lei paulista nº 10.261/1968, impugnados na ADPF 173, que também não resistem ao teste da proporcionalidade.

Quanto ao conteúdo da manifestação de pensamento, MORAES[147] salienta sua legitimidade, inobstante possa se revelar contrária ao interesse, conveniência ou cosmovisão de quem quer que seja, levantar polêmica, incomodar as pessoas, etc.

Assim, se o poder emana do povo, é inadmissível que seja exercido para constranger alguém em nome da autoridade ou do Estado, que *servem* ao povo. Pelo menos, devem servir, nos termos da Constituição. Isto significa que o poder do Estado só pode ser exercido para que todos desfrutem de seus direitos. De modo algum uma lei que restringe a liberdade de manifestação do pensamento do servidor público existe para que todos desfrutem de seus direitos; é, antes, absolutamente *desnecessária* e *ineficaz* para garantir o bem-estar dos cidadãos. Pelo contrário: quando mais reprimido for o servidor público, quanto menos puder se manifestar, dizer o que entende ser benéfico à cidadania, criticando, se preciso for, a autoridade, menos o poder emanará do povo.

O servidor público conhece as leis e a Administração Pública, quase sempre, melhor do que ninguém. Se não puder opinar, criticar, intervir, a fim de obter melhorias na sua repartição, na prestação do serviço público, na colocação à disposição do povo de bens e serviços, enfim, na ação político-administrativa do ente a que está vinculado, a cidadania será rebaixada

---

[147] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais,* São Paulo: Atlas, 1997, p. 118.

perante a autoridade e de nada valerá. Por quê? A autoridade, no mais das vezes, não tem nenhum vínculo permanente com o ente público. Quer eleita para o exercício de um mandato, quer nomeada para exercer, em comissão, um cargo público, a autoridade, como diria Chico Buarque, *vai passar*. Porém, enquanto não *passa*, exerce o poder. Ao exercer o poder, deve obedecer o princípio democrático posto na Constituição, isto é, *fazê-lo em nome do povo*, do qual os servidores públicos fazem parte.

Além disso, uma opinião, por si só, não tem poder de fato para “atrapalhar” o governo de ninguém. Contra uma opinião, cabe outra. Se vivemos num regime democrático, pluralista, que admite e até institucionaliza a oposição, mas admitirmos que o servidor público não tem a mesma liberdade de manifestação de pensamento que os demais cidadãos, cairemos numa suposição absurda: na de que o servidor público tem o dever de ofício de ser “de situação” e nunca “de oposição”; que não tem direito de manter, nem de expor suas próprias convicções; que sua liberdade de consciência é violável.

Convém assinalar, ainda, que o servidor público passa, em regra, oito horas diárias, cinco vezes por semana, na repartição em que trabalha. É sabido que, em média, o ser humano dorme outras oito horas por dia. O terço restante do dia também é dispendido em atividades essenciais à sobrevivência humana: na alimentação, na higiene, no deslocamento de um lugar para o outro, na organização e manutenção do lar, no cuidado com os filhos. Destarte, seria um sofisma afirmar-se que o servidor público poderia manifestar seu pensamento fora da repartição, e não dentro dela. A quem exporia suas idéias? Apenas à família? Aos amigos íntimos?

Assinale-se que a hierarquia *não* derroga, nem mitiga, nenhum direito fundamental. No serviço público civil, a hierarquia tem caráter *meramente instrumental*, ou seja, é um meio e não um fim: constitui meio de ordenação dos trabalhos, com vistas ao alcance da eficiência. Logo, são ilegítimas as restrições baseadas na ideia de que servidores não teriam direito de criticar ou questionar autoridades ou superiores hierárquicos.

Porém, concepções e práticas que se reiteram ao longo dos anos têm marcado o serviço público civil de uma feição nitidamente autoritária, sobretudo devido aos longos períodos de vigência de regimes de exceção entre nós, como o Estado Novo e a ditadura militar.[148]

Urge modificar a cosmovisão tradicional acerca do *status* dos servidores públicos, aceitando-se de uma vez por todas a supremacia da Constituição e abandonando-se para sempre os males da *interpretação retrospectiva*,[149] que significa a interpretação do novo texto constitucional de acordo com a jurisprudência forjada sob a ordem que o antecedeu, ou seja: mudam-se as normas, muda-se a Constituição, mas a interpretação do Direito continua a mesma velha coisa.

Logo, como cidadão que é, *o servidor público tem, sim, direito à liberdade de manifestação de seu pensamento, inclusive na repartição em que trabalha e no exercício de suas funções.*

CONCLUSÕES

A liberdade de manifestação do pensamento é direito de todos; rejeita-se a ideia de *renúncia* voluntária por parte dos servidores públicos. Logo, afastam-se também as restrições *rationae personae*, estabelecidas pela circunstância singular de ser o cidadão servidor público. Pelo âmbito de proteção da norma do inciso IV do art. 5º da Constituição, os servidores públicos são tão livres para manifestar seu pensamento quanto qualquer do

---

[148] Sobre o tema, discorre JUSTEN FILHO:
"A organização adminstrativa dos agentes estatais é fortemente influenciada pelo modelo napoleônico, que organizou as atividades adminstrativas segundo uma feição militar. Isso se traduz numa estrutura piramidal hierarquizada, em que todas as decisões são centralizadas no escalão mais elevado." JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 565

[149] Ao discorrer sobre o princípio da supremacia da constituição, ensina Luís Roberto Barroso (1998, p. 67):
"Atente-se para lição mais relevante: as normas legais têm de ser *reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior.* Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. (...)" (grifos do autor)

povo, pois ao povo pertencem; restrições a essa liberdade só podem, em tese, ser previstas em lei ordinária, que tipifique a hipótese com precisão, e desde que pontuais e indispensáveis ao eficiente desempenho do cargo, emprego e função. Devem, ainda, ser adequadas ao fim visado, e não haver outro meio menos gravoso de atingi-lo. Tais restrições não podem ser vagas, abrangentes e baseadas numa concepção ultrapassada de Estado, como o são as normas contestadas na ADPF nº 173.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

___________. *Temas de Direito Constitucional.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* Coimbra: Almedina, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005

LOUKAIDES, Loukes G. *Essays on the Developing Law of Human Rights.* Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3ª edição São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade: Os Três Caminhos.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais,* São Paulo: Atlas, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 27 ª edição São Paulo: Malheiros, 2006.